

المولوي محمد عمر الشهير بناصر الإسلام الرامفوري

تنبيه: متن الهداية في رأس الصفحة بحرف كبير وشرح البناية للعيني تحته ثم تعليقات المولوي محمد عمر مفصولاً بينها بخط.

الجزء السابع

دار الفكر
للطباعة والنشر والتوزيع

دار الفكر
بيروت
لبنان
المكاتب : البناية المركزية ـ هاتف : ٢٤٤٧٣٩ ـ ص.ب : ١١/٧٠٦١
المطابع والمعمل : حارة حريك ـ شارع عبد النور ـ هاتف : ٣٩٠٦٦٣ | ٨٣٨٢٠٢ ٨٣٧٨٩٨
برقيا : فكسي ـ تلكس : ٤١٣٩٢ فكر FIKR 41392 LE

قام بإخراج هذه الطبعة وتصحيحها
دار الفكر ببيروت

الطبعة الأولى ١٤٠٠ هـ ـ ١٩٨٠ م
الطبعة الثانية : منقحة وبها زيادات
١٤١١ هـ ـ ١٩٩٠ م

المسهمون في إخراج هذا الكتاب
مكتب التوثيق والدراسات في دار الفكر

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب البيوع

(كتاب البيوع)

أي هذا كتاب في بيان احكام البيوع وهو جمع بيع ، وانما ذكره[1] بالجمع لان تحته أنواع على ما يأتي. وهو في اللغة عبارة عن تمليك المال بالمال وكذا في الشرع، لكن زيد فيه[2] قيد التراضي، فقيل هو عبارة في الشرع عن مبادلة المال بالمال على وجه التراضي . وفي النهاية[3]

---

(١) قوله : وإنما ذكره ... الخ ، أقول هذا جواب سؤال مقدر ، وهو أن الأصل في المصدر أن لا يثنى ولا يجمع ، لكونه اسم جنس يشمل جميع أنواعها وأفرادها ، فلا حاجة إلى لفظ الجمع . وتقرير الجواب أن الجمع المعرف باللام يدل على جميع أفراده ويستغرق جميع موارد تحققه ، بخلاف المفرد فإنه كلي والكلي لا يدل على جميع جزئياته ، بل شأنه ان يتحقق بتحقق الفرد ، وينتفي بانتفاء الفرد ، فاختار المصنف رحمه الله لفظ الجمع إشعاراً على استغراق الأفراد ، واستيفاء لجميع الأنواع ، ولو بنوع من المقايسة والتمثيل، وإنما قلنا ولو بنوع من المقايسة والتمثيل لأن الجزئيات كلها لا تدخل تحت حصر الحاصر بالتصريح .

(٢) قوله : لكن زيد فيه قيد التراضي . أقول فإن وجدت المبادلة بلا تراض لا يكون بيعاً شرعياً ، لقوله تعالى ﴿ ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل الا أن تكون تجارة عن تراض ﴾ ٢٩ النساء فلا انتقاض بالبيع المكره فانه وان كان صحيح الانعقاد ، لكنه ليس بشرعي في الأصل والحقيقة .

(٣) قوله : وفي النهاية أقول يقال على الإخراج وعن الملك والإدخال فيه ، قال النبي عليه الصلاة والسلام لا يخطب الرجل على خطبة أخيه ولا يبيع على بيع أخيه ، أي لا يشترى على شراء أخيه ، لأن المنهي عنه هو الشراء لا البيع ، ويقع غالباً على إخراج الثمن عن الملك قصداً .

هو من الاضداد ويقـــال باع الشيء اذا شراه او اشتراه ، ويتعدى الى المفعول الثاني بنفسه وبحرف الجر ، يقال باعه الشيء وباعه منه ، انتهى . ثم يحتاج الى معرفة جوازه وسببه وركنه وشرطه وحكمه وأنواعه .

فدليل جوازه الكتاب وهو قوله تعالى ﴿وأحل الله البيع وحرم الربا﴾ ٢٧٥ البقرة والسنة وهو قوله عليه الصلاة والسلام يا معشر التجار ان بيعكم هذا يشوبه اللغو والكذب فشوبوه[1] بالصدقة ،رواه أبو داود [2] من رواية قيس بن أبي غرزة[3] . وفي رواية الترمذي عنه خرج علينا رسول الله ﷺ ونحن نسمى السماسرة [4] فقال يا معشر التجار إن الشيطان والإثم يحضران البيع ، فشوبوا بيعكم بالصدقة . وقال حديث حسن صحيح .

---

(١) قوله فشوبوه بالصدقة ، أقول في مجمع البحار أمر بها لما يجرى بينهم من الكذب والربا والزيادة في النقصان في القول تكون كفـــارة بهم « ج » أراد بها صدقة غير معينة تضاعيف الأيام أقول أصل الشوب الخلط ، لكن المراد ملازمة الكفـارة بسببهـــا الموجب لهـــا .

(٢) قوله : رواه أبو داود ، أقول وعبارته هكذا حدثنا مسدد نا أبو معاويـــة عن الأعمش عن أبي وائل عن قيس بن أبي غرزه قال : كنـــا في عهد رسول الله ﷺ نسمى السماسرة فمر النبي ﷺ : فسمانا باسم هو أحسن منه ، فقلنـــا يا معشر التجار إن البيع يحضره اللغو والحلف ، فشوبوه بالصدقة ، حدثنا الحسين بن عيسى البسطامي وحامـد بن يحى وعبد الله بن محمد الزهري قالوا أنا سفيان عن جامع بن أبي رشد وعبد الملك بن أعين وعاصم عن أبي وائل عن قيس بن أبي غرزه بمعناه قال يحضره الكذب والحلف ،وقال عبدالله الزهرى اللغو والكذب .

(٣) قوله ابن أبي غرزه بغين معجمة وراء مهملة وزاء معجمة مفتوحـــات من تقريب التهذيب .

(٤) قولـــه : ونحن نسمي السماسرة ، أقول السمسار بـــالكسر المتوسط بين البائع والمشتري .

وإجماع الأمة ، فإنه منعقد على جواز البيع ، وقد بعث رسول الله ﷺ والناس يتبايعون فقررهم على ذلك .

وأما سببه فتعلق البقاء المقدور بتعاطيه .

وأما ركنه فالإيجاب والقبول على ما يأتي .

وأما شرطه فأنواع : منها في العاقد ، وهو أن يكون عاقلا مميزاً . ومنها في الآلة وهو أن يكون بلفظ الماضي ومنها في البيع ، وهو أن يكون مالاً متقوماً ، وان يكون مقدور التسليم . ومنها التراضى[1] . ومنها شرط النفاذ . وهو الملك او الولاية .

وأما حكمه فملك البائع الثمن والمشترى المبيع .

وأما أنواعه بيع المقايضة [2] ، وهو بيع العين بالعين ، وبيع العين [3] بالدين ، وبيع الدين بالدين ، وهو بيع الثمن المطلق بالثمن المطلق كبيع الدراهم والدنانير بالدراهم والدنانير، وهو بيع الصرف وبيع الدين بالعين ، وهو السلم فإن المسلم فيه مبيع،وهو دين. وبيع المرابحة ، وبيع التولية،وبيع الوضيعة [4] ، وبيع الاستصناع [5] والبيع بالخيار .

---

(١) قوله : ومنها التراضي . أقول ينتقض ببيع المكره ، فانه بيع منعقد لهم ، الا ان يجاب الكلام في البيع الذي لا يشوبه اللغو والفساد والبطلان ، فتأمل فيه .

(٢) قوله : بيع المقايضة : أقول وإنما سمى بالمقايضة ، فإن المقايضة في اللغة معارضة المتاع بمثله في الصراح ، مقايضه معارضه .

(٣) قوله : وبيع العين بالدين · أقول ويسمى بيعاً ، لكونه أكثر أنواع البيع وأشهرها ، ولهذا لم يذكر اسمه سواه ، لأنه ليس له اسم سوى البيع ، بخلاف قياته .

(٤) قوله : وبيع الوضيعة ، وهي ضد المرابحة . أي بيع بالنقصان عن الثمن الأول، وإنما سمي وضيعة حيث يضع من رأس المال شيئاً فيه .

(٥) قوله : وبيع الإستضاع ، وهو بيع ما يصنعه الرجل صنيماً . وقال صاحب النهاية في بيان أنواع البيع ، أما أنواعه فثمانية ، أربعة في جانب المبيع ، وأربعة في جانب الثمن،فأما التي في جانب المبيع أحدها بيع العين بالعين ،كبيع السلم بمثلها ، ــ

فإن قلت،ما المناسبة بين كتاب البيع وبين كتاب الوقف حتى ذكره عقيب الوقف .

← نحو بيع الثوب بعبد،وهو بيع المقايضة . والثاني بيع العين بالدين نحو بيع العين بالأثمان المطلقة وهو المطلق في البيع عن القيد ، والثالث بيع الدين بالدين وهو بيع الثمن المطلق بالثمن المطلق ، كبيع الدراهم والدنانير ، وهو بيع الصرف . والرابع بيع الدين بالعين وهو السلم المسلم فيه مبيع وهو دين .

وأما الأربعة في جانب الثمن أحدها مساومة وهي التي لا تنتسب إلى الثمن السابق ، والثاني بيع المرابحة ، والثالث بيع التولية ، والرابع بيع الوضيعة ، وهي ضد المرابحة ، حيث يضع من رأس المال شيئاً كذا في التحفة وغيرها . أو يقول أن أنواع البيع ترتقي إلى عشرين نوعاً أو أكثر من ذلك ، لان البيع في أصله نوعان ، حلال واسمه البيع، وحرام واسمه الربا . والحلال نوعان لازم وغير لازم ، والحرام كذلك نوعان ما يعود جائزاً برفع المفسد وما لا يعود جائزاً بحلال ، فذلك أربعة أنواع . والحلال الذي هو غير لازم ما كان فيه خيار الفسخ للعاقد .

والخيارات أربعة خيار الشرط وخيار الرؤية وخيار العيب وخيارلسبب الاستحقاق، ثم أنواع البيع أربعة من جهة المبيع ، المطلق وهو بيع العين بعين أو بدين ، وبيع السلم وهو بيع ما في الذمة ، وبيع ما يصنعه صنيعاً ويسمى بيع الإستصناع ، أو بيع المنافع ، وهو الإجارة ومن جهة الثمن أربعة ، بيع معين بالثمن ، وهو المطلق . وبيع الثمن بالثمن ، وهو الصرف ، وبيع العين بكيل أو موزون أو غير متقارب في القيمة وبيع العين بثياب موصوفة في القيمة ، وهو من جهة الثمن ينقسم إلى أربعة ، مساومة وهو بيع بالثمن الذي يتفقان عليه وبيع المرابحة وبيع تولية وبيع وضيعة ، وهو بيع بالنقصان عن الثمن الأول .

وأما الفاسد فيفسد بجهات أربع إما بمعنى الجهل مع قيام أصل وإما بعدم المال من البدل هكذا في الأسرار،انتهى. وانما لم يذكر الشارح بعض التقسيمات لتداخل البعض ←

قلت المناسبة من حيث أن في كل منها معنى إزالـــة الملك ، ففي الوقف يزول الملك عن

← في بعض . قال المصنف البيع الخ وإنما لم يذكره بطور التعريف والحد لأن ما ذكره جامع بين بيان الحد وحكمه المترتب عليه ، وهو أولى من ذكر أحدهمـــا ، ولعله ترك تعريفه وهو مبادلة المال بالمال بطريق التجارة لشهرته ، وبين حكمه المترتب عليه ، والى هذا المعنى مال بعض الشارحين. وقال فالبيع عبارة عن أثر شرعي يظهر في المحل عند الإيجاب والقبول حتى يكون العاقد قادراً على التصرف ، وإليه أشار بقوله ينعقـد حيث لم يقل البيع هذان اللفظان ، فما قال العلامة جلبي وفيه بحث ، لأن المتبادر منه كون الإيجـاب والقبول خارجين من البيع ، مع أنهما من أركانه قطعاً لا يخلو عن ركاكته بوجوه .

أما أولاً : فلأن البيع ليس بعبارة عن لفظي بعت واشتريت أو عن معناهمـا ، بل هو عبارة عن تمليك المال بالمال أو مبادلة المال بالمال على طريق التجارة كما قال الشارح العلامة ، وهو في اللغة عبارة عن تمليك المال ، وكذا في الشرع . وكيف لا فلان تعريف المصدر لا يكون إلا بالمعنى المصدر لما ثبت في موضعه أن المصدر لا يحمل عليه الا مرادفه او مطلقه الذي هذا المصدر حصة له. نعم هذا المعنى المصدري الإنتزاعي لا يتحقق الا بعـــد تحقق التكلم من العاقدين بهذين اللفظين ، فهذان اللفظان منشأ انتزاعـه وموجب تقرره ، فلا بأس بأن يقال أن هذين اللفظين أركان البيع ، لان الإنتزاعيات تقررها في الخارج عين تقرر مناشئها ، كما يقال أن لا الإنتزاعيات حقائقها مناشئها ، لكن حقيقة الأمر ليس كذلك ، وهذا نوع من ضرب التأويل والتشبيه ولا برهان على النقل من المعنى اللغوى إلى ما ذكره ، بل الأصل توافق الشرع من اللغـــة في تعيين المراد ، وتسهيل الخطاب ، والتخاطب على حسب اصطلاح الشرع مقصور في موارده .

وأما ثانياً : فلأن مراد بعض الشراح من قولهم البيع عبارة عن أثر شرعي يظهر عند الإيجاب والقبول ليس الحكم المترتب المتأخر عليـــه ، وهو القدرة على التصرف في المحل شرعاً ، وكيف فإن قولهم حتى يكون العاقد قادراً على التصرف يأبي عنـــه وألا يلزم اتحاد الغاية والمغيا ، بل المراد تمليك المال بالمال هو عين حقيقة ، والتعبير بالأثر باعتبار الإنتزاع .

وأما ثالثاً : فلأنه قال إن لفظة البيع كما يطلق على ذلك المعنى الشرع يطلق على نفس ←

قال البيــع ينعقد بالإيجاب والقبول إذا كان بلفظ الماضي مثل أن يقول أحدهما بعت والآخر اشتريت

الواقف بعد حكم الحاكم [1] ، من غير أن يدخل في ملك الموقوف عليه ، وفي البيع يزول الملك عن البــائع ، ويدخل في ملك المشترى ، فكان الوقف كالمفرد والبيع كالمركب والمفرد سابق على المركب ، فلذلك أخر ذكر البيع عنه .

(قال) القدرري في مختصره (البيــع ينعقد بالإيجاب والقبول إذا كانا بلفظ الماضي) هذا لفظ القدوري . وقال المصنف (مثل أن يقول أحدهما بعت والآخر يقول اشتريت) والمراد من [2] الانعقاد انضمام كلام أحد المتعاقدين إلى الآخر على وجه يظهر أثره في المحل

← الإيجاب والقبول المرتبطين ارتباطاً شرعياً،فلا يخلو إما أن يكون المراد بالإرتباط ارتباط بين اللفظين ، وارتباط بين معانيها . والأول خلاف الأصل لااحتياج إلى الإرتكاب اليه ، وعلى الثاني يلزمه تسليم ما قال بعض الشراح .

وأما رابعاً : فلان التعريف كما يكون بالذاتيات يكون بالخوارج أيضاً ، وكيف أن الرسم لا يكون إلا بالآثار فلا احتياج إلى تقدير حذف المضاف ، ويقال حكم البيع ينعقد من الإيجاب والقبول .

(١) قوله : بعد حكم الحاكم . أقول أي بعد حكم الحاكم بزوال الملك الذي هو ملزوم اللزوم ، والمراد بالحاكم الذي ولاه السلطان عمل القضاء ، لا الذي فوض إليـــه الحكم في حادثة معينة باتفاق المتخاصمين ، وهو الحكم . لأن في نفوذ حكمه فيه اختلاف المشايخ ، كذا في البيانية . صورة الحكم أن يسلم الواقف الموقوف إلى المتولى ، ثم يريد أن يرجع عنه فينازعه بعــد اللزوم ، فيختصمان إلى القاضي فيقضي القاضي بلزومه ، كذا في العناية وقاضيخان .

(٢) قوله : والمراد من الانعقاد قوله : فـــان قلت إن كان المراد بالإنعقاد الإنضمام المذكور،فيصح أن يقال أن البيع ينضم بالإيجاب والقبول،لأن اتحاد المشتقات عنهايستلزم لاتحاد المشتقات على المختار ، مع أن عدم صحته أجلى من أن يخفى . قلنا ليس مراد ←

شرعاً والإيجاب عبارة عما صدر عن أحد العاقدين أولاً سمي به ، لان الإيجاب نقيض السلب ، وهو الإثبات . والمتكلم منهما اولاً بقوله بعت واشتريت يريد اثبات العقدبشرط أن ينضم إليه قبول الآخر ، وسمي به لان قوله بعت أو اشتريت فعل ، والفعل صرف الممكن من الإمكان إلى الوجوب ، وكان قوله بعت أو اشتريت إيجاباً لانه قبل التلفظ به كان في حيز الإمكان ، فصار بعـــد التلفظ [1] واجب الوجود لغيره ، ثم سمي كلام الآخر قبولاً لما أوجبه الآخر ، وإن كان هو أيضاً إيجاباً في الحقيقة حتى يمتاز السابق من كلام العاقدين من اللاحق .

← الشارح اللبيب التفسير اللفظي حتى يرد ماقلنا بل تعيين المراد من حيث المفاد ، وهو بيان الارتباط الشرعي ، وبقي الارتباط الحسي الحقيقي . و كيف فان انضمام كلام أحد المتعاقدين إلى الآخر على وجه يظهر أثره في المحل شرعاً معنى مركب ، والإنعقاد له معنى مفرد ولا ترادف بين المفرد والمركب .

(١) قوله : فصار بعد التلفظ به واجب الورود . قلنا لان الممكن ما لم يجب لم يوجد ، لأن إيجابه مستنداً إلى العلة ومرتبة العلة مرتبة متقدمة على المعلول ، فايجابـه أي ترجيح وجوده على العدم متقدم على وجوده ، وإلا يلزم تحقق الممكن قبل ترجيح مرجحه وهو محال لاستلزام انقلاب الإمكان الذاتي إلى الوجوب الذاتي .

فان قيل كيف يصح معنى قوله فصار بعد التلفظ واجب الوجود ، لأنـــه يدل على أن وجوبه بعد وجوده . قلنا هذه الدلالة صحيحة لأن الوجوب بعد الايجـاب والشيء لا يتحقق إلا بعد تحقق جميع أجزائـــه ، لأن الأجزاء من متممات العلة التامة فقبل تحقق أركـــان البيع لم يجب وجوده ، فقبل وجود التلفظ بحروف اللفظ لم يجب وجود اللفظ .

فان قيل إن الالفاظ قبل التلفظ وبعد التلفظ معدومة فكيف يجب وجوده بعده . قلنـــا الأفراق الزماني لا ينافي القبلية والبعدية الذاتيتين على أن العقود الشرعيـــة في حكم الجواهر .

ولأن البيع انشاء تصرف والانشاء يعرف بالشرع والموضوع للأخبار قد استعمل فيه فينعقد البيع به

(ولان البيع إنشاء [1] تصرف) الإنشاء إثبات أمر لم يكن ، ويراد به الايجادللحال ومعنى قوله إنشاء تصرف ان هذا التصرف انشاء ، لان المبادلة ما كانت ثابتة وقد ثبتت بعد صدور اللفظين ، فيكون إنشاء (والإنشاء يعرف بالشرع) لا من حيث [2] الحقيقة كالأكل وغيره ، فانه إنشاء حقيقة . فاذا احتاج المكلف إليه لا بد من استعمال لفظ يدل عليه ، والشرع قد استعمل لموضوع للاخبار لغة في الإنشاء والواضع ما وضع للانشاءلفظاً خاصاً ، فيجوز بالشرع استعمال اللفظ الذي وضع للاخبار عن الماضي للانشاء دفعاً لحاجته ، وهو معنى قوله :

(والموضوع للاخبار) وهو لفظ بعت [3] واشتريت (قد استعمل فيه) أي في الإنشاء ، فاذا كان كذلك (فينعقد البيع به) أي بهذا اللفظ الموضوع للاخبار الذي استعمل فيه ، (أي في الانشاء ، وإنما خص بهذه اللفظة لمناسبة بين الانشاء والإخبار ، لان الإنشاء تحقيق الشيء ، والاخبار يستدعى [4] تحقيق المخبر به سابقاً ، ليصح الكلام حكمة

---

(١) قوله : ومعنى قوله انشاء تصرف ، أقول هذا إشعار على ان إضافة الانشاء إلى التصرف إضافة بيانية

(٢) قوله : لا من حيث الحقيقة إشارة إلى أن المراد بالانشاء في الحد الأوسط إنشاء حكمى الشرع لا الحقيقي الحس ، فلا نقض على كلية الكبرى ، فالحد الأوسط إنشاء تصرف شرعي والصغرى في البيع إنشاء تصرف شرعي والكبرى ، وكل ما هو كذلك فهو يصرف بالشرع فالنتيجة البيع يعرف بالشرع .

(٣) قوله : وهو لفظ بعته إشارة إلى أن اللام في الموضوع للاخبار العهد ، فلا يردبأنه لا بد من ضم شيء إلى ذلك ، وهو أن يقال وكان استعماله بلفظ الماضي .

(٤) قوله : والاخبار يستدعى . أقول حقيقة كما في الصوادق أو ادعائه كما في الكواذب فان قلت إن الاخبار بمثل سيقوم وسوف يضرب إخبار صحيح ، مع أن المحكي ←

وعقلاً ، فصار الوجود حقاً له بمقتضى الحكمة . فإذا وجد الإنشاء والإيجاد يختار اللفظ الذي يلزمه الوجود أعني لفظ الاخبار عن الماضي ، وهو أن يقول أحدهما بعت والآخر يقول اشتريت ، أما إذا قال أبيع منك أو قال المشتري يعني لم ينعقد البيع لأن الأول عدة [1] ما وعد واليه أشار المصنف بقوله.

(ولا ينعقد بلفظين أحدهما لفظ المستقبل) أي أحد اللفظين لفظ المستقبل ، مثل أبيع منك ، أو لفظ يعني كما ذكرنا . وقيل هذا إذا كان اللفظان أو أحدهما مستقبلاً بدون نية الإيجاب في الحال . وأما إذا كان المراد ذلك فينعقد البيع ، كذا ذكره الطحاوي ، لأن قوله أبيع منك أو بعني وضع للحال [2] في وقوعه للاستقبال ضرب تجوز ، كذا أورده السيرافي في شرح الكتاب .

(بخلاف النكاح) يعني أنه ينعقد بذلك فإن أحدهما إذا قال زوجني فقال الآخر

← عنه في مثل هذه الأخبار ليس بمتحقق سابقاً ، وإلا ينقلب إخبار الاستقبال إلى الماضي . قلنا ان الاخبار عن زمان الاستقبال لا يصح إلا بعد إقامته مقام الماضي في كونه قطعي الوقوع ، وإلا فالاستقبال محتمل الوجود والعدم فيه ، فكيف يصح الخبر بوجود الشيء فيه .

(١) قوله : عدة ما وعد . . . الخ أقول أي يكون عدة البيع من جانب البيع في مثل قوله أبيع ، وأما قول المشتري يعني يكون مساومة وطلباً ، والطلب أمر ، والايجاب أمر آخر ، لأن طلب الايجاب ليس بايجاب . وإنما لم يذكر الشارح اللبيب برهان عدم الانعقاد على قول المشتري وهو يعني بظهوره .

(٢) قوله : وضع للحال أقول أي عند الفقهاء ، فان قيل النية إنما تعمل في المحتملات لا في الموضوعات الأصلية ، فيصح الانعقاد بدون النية أيضاً . قلنا كونه حقيقة في الحال مختصة بغير البيوع والحقيقة الشرعية فيها هو لفظ الماضي ، والمضارع فيها مجاز يحتاج إلى نية .

وقـــد مر الفرق هناك وقوله رضيت بكذا أو أعطيتك بكذا أو خـذه بكذا في معنى قوله بعتُ واشتريت لأنّه يؤدي في معناه والمعنى هو المعتبر في هذه العقود

زوجتك فقد انعقد (وقد مر الفرق هنالك) أي من الفرق بين البيع والنكاح في كتاب النكاح . وأشار به إلى ما قـــال ثمة بقوله لان هذا توكيل بالنكاح ، والواحد يتولى طرفي [1] النكاح .

(وقوله) أي قول المشتري (أخذت) في قول البائع بعت (أو أعطيتك بكذا) أي قول البائع أيضاً في جواب قول المشتري اشتريت خـذه بكذا من الدراهم (في معنى بعت واشتريت) فيقول في بعني بعت يرجع إلى قول المشتري أخـذت ، وقوله اشتريت يرجع إلى قول المشتري في جواب قوله للبائع أعطيتك بكذا ، أو أخذت بكذا وكذا لو قال المشتري قبلت أو رضيت أو أجزت ، وما أشبه ذلك . ولا فرق بين أن يكون البادي البائع أو المشترى . والحاصل أن انعقاد البيع لا ينحصر في لفظ بعت أواشتريت ، بل كل ما دل على ذلك ينعقد به (لأنـــه يؤدي معناه) أي لأن قوله رضيت إلى آخره يؤدي معنى قوله بعت واشتريت ، فإن معنى الإعطاء والأخذ يتضمن معنى البيع ، لأن الأمر بالأخذ بالبدل يستدعى سبق البيع (والمعنى هو المعتبر في هذه العقود) أي في هذه العقود الشرعيه .

(١) قوله : والواحد يتولى ... الخ . أقول فان قيل النكاح نسبة ، والنسبة لا تقع إلا بين الطرفين المتغايرين فتحققها قبل تحقق منشأ انتزاعه ، وهو صدور الايجاب والقبول من الجانبين تحقق الانتزاعات بلا مناشئها أو تحقق النسبة بلا طرفيها . قلنـــا الوكيل في النكاح سفير ومعتبر والتانع في الحقوق دون التعبير ،ولا يرجع الحقوق إليه ، فقول الوكيل قول من لسان موكليه وهو الزوج والزوجة ، بخلاف البيع ، فان الوكيل فيـه مباشر . ونعم ما قال صاحب الكفاية والفرق أن النكاح لا يخلو عن تقدم الخطبة والخطبة وهمـــا يدلان على أن المراد الحال . أما البيع فيقع بغتة فيجعل قوله أبيعك عدة لا بيعا ، ويعني استياماً وطلباً وذا ، لا يدل على الوجود لا محالة .

واحترز به عن الطلاق والعتاق . فان اللفظ فيهما يقام مقـــام المعنى ، ولا خلاف فيه للأئمة الأربعة . وفي الإيضاح هذا أصل لنا في جميع العقود ، إلا ما روي عن أبي حنيفة أن المفاوضة لا تنعقد إلا بلفظ المفاوضة ، لأن هـــذا العقد يشتمل على معان وشروط ، والعاقدين لم يمكنهم استيفاء ذلك حتى لو استوفى بلفظ آخر جاز .

(ولهذا) أي ولأجل أن المعنى هو المعتبر في العقود (ينعقد) أي البيع (بالتعاطي) وهو أن البـــائع يعطي المبيع ، ولا يتلفظ بشيء ، والمشتري يعطي الثمن كذلك (في النفيس[1] والخسيس) قال الاترازي النفيس هو الذي يكثر ثمنه كالعبد ونحوه، والخسيس ما يقل ثمنه كالبقل والرمانة والخبز واللحم ونحو ذلك . وقال الكاكي الخسيس مـــا يكون قيمته دون نصاب السرقة ، والنفيس ما يكون قيمته مثله أو فوقه (هو الصحيح) احترز به عن ما روي عن الكرخي أن البيع بالتعاطي إنما ينعقد بالأشياء الخسيسة دون النفيسة . وعامة المشايخ لم يفرقوا بينهما والمشهور من مذهب الشافعي رضي الله عنـــه أن البيع لا ينعقد بالتعاطي . وقال مالك ينعقد البيع بكل ما يعده الناس بيعاً ، وبه قـــال بعض أصحاب الشافعي رضي الله عنه (لتحقق المرضاة) يعني من الجانبين .

وفي الإيضاح انعقاد البيع يكون بالألفاظ وبالتعاطي ، فالألفاظ كل لفظين ينبئان عن معنى التمليك بصيغة الماضي أو الحـــال ، دون الأمر والمستقبل ، وفي جميع النوازل قال اتبيعني عبدك بألف باستفهام ، فقـــال نعم فقال أخذته ، فهو بيع لازم . وفي شرح الاسبيجابي لو قال أبيع منك هذا ، أو أعطيتكه ، فقال اشتريته بكذا و نوى الإيجاب للحال ، ينعقد البيع . وفي فتاوى قاضيخان اشتريت عنك بالف ، فقال فعلت أو نعم أو هات الثمن ، صح وإلا فلا . وكذا الإقالة . وفي المحيط سماع المتعاقدين الإيجاب والقبول

---

(١) قوله : في النفيس الى آخره . فان قلت أن الايجاب والقبول ركنا البيع والشيء لا يتحقق بلا أركانه . قلنا أن لسان الحال أنطق من لسان المقال وأصدق منه ، فأقيمت الدلالة الحالية مقام الدلالة المقالية .

قال وإذا أوجب أحد المتعاقدين البيع ، فالآخر بالخيار إن شاء قبل في المجلس ، وإن شاء رده ،

شرط للانعقاد ، ولو سمع أهل المجلس وقال البائع لم أسمعه وليس به وقر لم يصدق. ولو قال كل هذا الطعام بدرهم لي عليك، فأكل[1] تم البيع، وأكله حلال والأكل والركوب واللبس بعد قول البائع بعت ، رضي بالبيع . ولو قال وهبت لك هذه الدار أو بعت العبد بثوبك هذا قبيح بالاجماع . ولو قال إن أديت ثمنه فقد بعته منك فأداه ثمنه في المجلس صح استحساناً ولو قال هو لك بكذا إن وافقك، أو قال إن أعجبك أو إن أردت، فقال وافقني أو أعجبني أو أردت جاز .

ولو قال بعته من فلان غائب فحضر الغائب في المجلس وقال اشتريت صح . ولو قال رسوله فبلغه فقال اشتريت صح ، والواحد لا يتولى طرفي العقد إلا الأب يشتري مال ولده الصغير لنفسه ، أو الوصي مال اليتيم لنفسه ، أو القاضي بأمره أو العبد نفسه من مولاه بأمره ، وفي أجناس الناطقي لو قال بكم تبيع قفيز حنطة ، فقال بدراهم ، فقال أعزله فعزله ، فهو بيع . وكذا لو قال مثله للقصاب فوزنه وهو ساكت فهو بيع حتى لو امتنع من دفع الثمن وأخذ اللحم أو امتنع من دفع اللحم أجبره القاضي عليه . وعن محمد أن بيع التعاطي كما يثبت بقبض البدلين يثبت بقبض أحدهما . وقال صدر القضاة وغيره أن بيع التعاطي بيع وان لم يوجد تسليم الثمن .

(قال) أي القدوري (وإذا أوجب أحد المتعاقدين البيع فالآخر بالخيار ، إن شاء قبل في المجلس وإن شاء رده) إلى هنا كلام القدوري ، ومعنى[2] أوجب أثبت وحقق

---

(١) قوله : فأكل فان قلت أن جواز الأكل لا يكون إلا بعد تحقق البيع ، لأنه تصرف من جانب المشترى فهو غاية البيع ، وحكم متأخر عنه أي أثر شرعي يترتب عليه بعد وقوعه ، فكيف يجوز الأكل قبل صحة البيع . قلنا ان الاشتغال بالتصرف فرع رضائه بالبيع فتقدمه عليه اقتضاء وهكذا حال الصور الباقية .

(٢) قوله : معنى أوجب أثبت . أقول وإلا فالايجاب على الغير كيف يصح .

وهذا خيار القبول لأنه لو لم يثبت له الخيار يلزمه حكم العقد من غير رضاه ، وإذا لم يفد الحكم بدون قبول الآخر فللموجب أن يرجع لخلوه عن إبطال حق الغير ،

بأن قال بعت ، أو قال اشتريت ، والمراد بالايجاب ما يبدى من لفظه بعت أو اشتريت أو ما يقوم مقامها . قال المصنف (وهذا خيار القبول) أي الخيار الذي ذكره القدوري خيار القبول (لأنه) أي لأن أحد المتعاقدين (لو لم يثبت له الخيار ، يلزمه حكم العقد من غير رضاه) فيكون مجبوراً ، فينتفي التراضي ، فما فرضناه بيعاً لم يكن بيعاً ، وهذا خلف (وإذا لم يفـد الحكم) أي إذا لم يفـد إيجاب أحدهما الحكم (بدون قبول الآخر ، فللموجب) أي البائـع أو المشترى (أن يرجع) قبل قبول الآخر (لخلوه عن إبطال حق الغير)

فـان قلت يثبت للمشتري حق التملك بقول البائع ، فيكون الرجوع إبطالاً . قلت هذا الحق ثبت له من جهة البائع فيكون له إبطال ما أثبته .

فان قيل يشكل بما إذا عجل الزكاة إلى الساعي قبل الحول حيث لا يجوز له حق الاسترداد لتعلق حق التملك للفقير . أجيب بأن الأصل[1] موجود وهو النصاب ، والوصف ثابت وهو النماء ، فلا يرجع لأجل ثواب الأصل . ولا كذلك ها هنا ، لأن الأصل ما وجد بل وجد شطره فلا يكون البيـع موجودا .

---

(١) قوله : وأجيب بأن الأصل أقول لأن النصاب علته إسماً ومعنى لا حكماً ، لأنه يتراخى الحكم عنه إلى حولان الحول الذي هو أقيم مقام النماء ، فانهـاء وصف ثابت ، أي عارض له فلا يصلح أن يكون علة مستقلة أو شطراً لها . بل هو وصف شبيه بالعلة . فاذا وجد الأصل وهو النصاب ، ولم يوجد الوصف لا يرجع المزكي لأن الوصف تابع للأصل دون العكس . وفيه وجه وجيه آخر ذكر بعض المحشيين خلاصته أن الملك الذي هو أثر متأخر عن البيـع لم يتحقق إلا بعد رضاء المشتري ، فقبل رضائه كان الملك حقيقة للبائع . بخلاف مسئلة الزكاة ، فان حقيقة الملك فيها زالت عن المزكي ، فعمل الحق عمله لانتفاء مـا هو قوى عنـه .

وإنمـــا يمتد إلى آخر المجلس لأن المجلس جامع المتفرقات فاعتبرت ساعاته ساعة واحدة دفعاً للعسر وتحقيقاً لليسر والكتاب كالخطاب

(فانما يمتد إلى آخر المجلس) هذا يجوز أن يكون جواباً عما يقال ، ما وجه اختصاص خيار الرد والقبول بالمجلس ، ولم يبطل الايجاب عقيب خلوه عن القبول ، أو يتوقف على ما وراء المجلس . تقرير الجواب أن امتداده إلى آخر المجلس (لأن المجلس جامع المتفرقات) كما في الصرف والسلم وخيار المخيرة وقراءة آية السجدة (فاعتبرت ساعاته) أي ساعات المجلس (ساعة واحدة) كما في الأشياء المذكورة . وإنما فعل كذلك هنا أيضاً (دفعـــاً للعسر) أي لأجل دفع العسر عن البائع والمشتري جميعاً . أما عن المشترى فلأن في إبطاله قبل انقضاء المجلس عسراً له ، وأما عن البائع فلأن في إبقائه فيما وراء المجلس عسراً له في التوقف وفي التوقف على المجلس يسر لهما جميعاً . وأشار اليه بقوله (وتحقيقاً لليسر) أي ولأجل تحقيق اليسر في حقهما .

فان قيل فلم لم يكن الخلع والعتق على مال كذلك . قلنـــا فانهما اشتملا على اليمين من جانب الزوج والمولى ، فكان ذلك مانعاً عن الرجوع في المجلس فيتوقف الايجاب فيهـــا على ما وراء المجلس .

(والكتاب كالخطاب) إذ الكتاب من الغائب كالخطاب من الحاضر ، فان[1] النبي ﷺ كان يبلغ تارة بالكتاب ، وتارة بالخطاب . فلو لم يكن الكتـــاب كالخطاب لم يكن النبي ﷺ مبلغاً به قاله تاج الشريعة . وصورة الكتابة أن يكتب إلى رجل أما بعد فقد بعت عبدي فلاناً منك بكذا ، فلما بلغه الكتاب وقرأ وفهم ما فيه وقبل في المجلس صح

---

(١) قوله : فان النبي ... الخ . أقول لان التبليـغ فرع بيان المبلغ بالكسر عن المبلغ اليه بالفتح للحكم الذي هو مأمور بتبليغه إليه ، وبيانه عنه فلو لم يكن التحرير والكتاب في حكم التقرير والخطاب لم يكن النبي المستطاب مبلغاً لأحكام رب الأرباب تبليغاً عامـــاً ، وتنذيراً تاماً ، مع انه عليه الصلاة والسلام كان مأموراً بالتبليـغ ، قال الله تعالى ﴿ يا أيها الرسول بلغ ما أنزل اليك من ربك ﴾ ٦٧ المائدة و ﴿ يا أيها المدثر قم فأنذر ﴾ ١-٢ المدثر .

وكـــذا الإرسال حتى اعتبر مجلس بلوغ الكتاب وأداء الرسالة .

البيع (وكذا الإرسال) أي وكذا الارسال كالخطاب . صورته أن يقول الرجل إذهب إلى فلان وقل له أن فلاناً باع عبده فلاناً منك بكذا فجاءه الرسول وأخبره بما قال فقاله فلان في مجلسه ذلك اشتريت أو قبلت ، تم [1] البيع . وعند الشافعي رضي الله عنه ينعقد في صورة الكتابة على أصح الوجهين إذا كانت [2] مقرونة بالنيـــة وفي وجه لا ينعقد ، وبالرسالة ينعقد كما في الكفالة كذا في شرح الوجيز .

وفي الحلية لو كتب إليه بيع سلعة منه لم يصح في أصح الوجهين . وفي المجتبى يصح الرجوع عن الرسالة . ولو بلغه الرسول بغير أمره فقال اشتريت لم يجز . ولو كتب اليـــه يعني بكذا فوصل اليه فكتب اليه بعتك لم يتم [3] ما لم يقل الكاتب إشتريت . ولو كتب اليه اشتريت بكذا فكتب اليه بعت تم البيع . ولو قال بعته من فلان الغائب وحضر الغائب في المجلس وقبل صح .

(حتى اعتبر مجلس بلوغ الكتاب وأداء الرسالة) هـــذا نتيجة قولـــه والكتاب كالخطاب وكذا الإرسال وقوله حتى اعتبر مجلس بلوغ الكتاب يرجع إلى قوله والكتاب كالخطاب ، وقوله وأداء الرسالة يرجع إلى قوله وكذا الارسال . وفي شرح الطحاوي بعدما كتب شطر العقد أو بعدما أرسل رسولاً إذا رجع عن ذلك صح رجوعه سواء علم الرسول أو لم يعلم ، بخـــلاف ما إذا وكل وكيلاً ثم عزله بغير محضر منه ، فـــلا يصح

(١) قوله : تم البيع . أقول أي بين المرسل بالكسر ، والمرسل إليه بالفتح ، لأن السفير معبر لكلامه ومبلغاً لمرامه ، فاذا اتصل به الجواب ينعقد .

(٢) قوله : إذا كانت ... الخ . أقول وأما إذا لم تكن الكتابة بينه الايجاب والقبول لم ينعقد البيع بل يكون مقدمة البيع واظهار الغرمة .

(٣) قوله لم يتم ما لم يقل الكاتب الخ أقول لان البيع لا يتم إلا بالايجاب والقبول من الطرفين وطرف الايجاب لا يفيد معنى القبول .

عزله (١) . وفي التحفة وعلى هذا الجواب في الاجارة والهبة والكتابة . وأمـــا في الخلع والعتق على مال فانه يتوقف شطر العقد على قبول الآخر في ذلك المجلس بالاجماع ، فـان من قال خالعت امرأتي فلانة الغائبة على الف درهم فبلغها الخبر فأجازت أو قبلت صح ، وكذا لو قال اعتقت عبدي فلان الغائب بألف درهم فانه يتوقف على إجازة العبد ، فأما في جانب المرأة والعبد ، لا يتوقف (٢) إذا كان الزوج والمولى غائبين . وأما في النكاح فلا يتوقف الشطر عند أبي حنيفة ومحمد . وعلى قول أبي يوسف يتوقف .

---

(١) قوله: لايصح عزله. أقول لايصح بوجوه، أما أولاً : فلأن الوكيل في البيـع في حكم الموكل بالاستقلال ، ولهذا يرجع الاحكام والحقوق إليه ، فاستقلاله لا يرفع إلا بعـد علمه بعزله ، ومجرد النية لا ترفع استقلاله ، لان استقلال المستقبل لا يرفع إلا بوجه قوي مستقل ظاهر غير خفي الأثر وموهوم الوجود والنية مـــا لم تؤكد بالبيان في حكم الخطرات والموهوبات . وأما ثانياً : فلان وكالة الوكيل قد كانت بحكم الوكيل وأمره فلا يرفع إلا بعد نهيه عنه ، لان الرافع للأمر لا يكون إلا النهي لا نية النهي . وأمـــا ثالثاً : فلأن الوكيل لما كان مستقلاً في التصرف ومختاراً في عمله ، فلو عزل قبل علمه بالعزل لكان عزله موجباً للنزاع في التصرفات التي قد صدرت عنه قبل علمه بالعزل ، وموريًا للمخاصمة العظيمة بخلاف الرسالة فان صاحبها مصر محض من جانب المرسل ، فما دام لم يفرغ الرسول عن الرسالة كان له صحة الرجوع ، لان الرسالة قبل التبليـغ في حكم العزم ، وبعـده في حكم بيانه وصحة العقود التي يدار صحتها على البيان أو في حكمه لا يتحقق قبله .

(٢) قولـــه : وفي البيع لا يتوقف ... الخ . أقول ووجه التفريق أن الشهادة على التراضي لا تكون إلا بعد اجتماعها في مجلس الشهود في زمـــان واحد ، وإلا فالرضاء في زمان سابق لا يستلزمـه في زمان لاحق فشهادة الشهود في صورة الافتراق لا تتحقق إلا على رضاء الطرفين ، ولو كان بالافتراق واختلاف الزمان وهو لا يستلزم صحة الشهادة على التراضي الذي هو مما يتوقف على وجوده صحة النكاح .

وليس له أن يقبل في بعض المبيع ، ولا أن يقبل المشتري ببعض الثمن لعدم رضاء الآخر بتفرق الصفقة إلا إذا بين ثمن كل واحد ، لأنه صفقات معنى

وتفسير ما قال في شرح الطحاوي وهو أن يقول الرجل للشهود إني قد تزوجت فلانة بكذا فبلغهـــا الخبر فأجازت ، أو قالت المرأة بكذا فبلغ الزوج الخبر فأجاز لا يجوز عندهما ، ويجوز عند أبي يوسف . وفي البيع لا يتوقف بالاجماع . وقال شمس الأئمـــة السرخسي في كتاب النكاح من المبسوط كما ينعقد النكاح بالكتاب ينعقـد البيع وسائر التصرفات بالكتاب أيضاً .

(وليس لـــه) أي للبائع (أن يقبل في بعض المبيع) يعني إذا أوجب المشترى في شيء ، فليس للبائع أن يقبل في بعض (ولا أن يقبل المشتري) بفتح الراء أي المبيع (ببعض الثمن) يعني أن البائع إذا أوجب في شيء بأن قال بعته بألف ، فقال المشتري قبلت بخمسمائة فليس له ذلك (لعدم رضى الآخر بتفرق الصفقة) فان من عادة الناس ضم الرديء إلى الجيد في البياعات ليروج الرديء بالجيد ، فلو ثبت خيار القبول في أحدهما فالمشترى يقبل العقد في الجيد ويترك الرديء على البائع فيزول الجيد عن ملكه بأقل من ثمنه ، وفيـــه ضرر للبائع ، فكان تفريق الصفقة مستلزماً للضرر . وفي المغرب الصفقة ضرب اليد على اليد في البيع ثم جعلت عبارة عن نفس العقد .

(الا إذا بين) أي البائع (ثمن كل واحد لأنـــه صفقات معنى) أي لأن البيع الذي فيه بيان ثمن كل واحد صفقتان من حيث المعنى . وقال الكاكي ومراده إذا تكرر لفظ البيع بأن قال بعت هذا بكذا ، أو قال بعت هذا بكذا لأن به تتعدد الصفقة لا ببيان ثمن كل واحد ، فإنه لو قال بعتهما بألف بخمسمائة وهذا بخمسمائـــة فقبل أحدهما لا يصح ، كذا في المبسوط . وفي الكافي لو قال بعتك هذين فقبل أحدهما . أو قال لرجلين بعتكما هذا العبد فقبل أحدهما لم يجز للزوم تفريق الصفقة ، ولو قال بعتك هذين هذا بمائة وهذا بمائة للمشترى أن يقبل أيهما شاء لأن البائع فرق . وفي المحيط ولو كان الثمن متفرقـــاً

وأيهما قام عن المجلس قبل القبول ، بطل الإيجاب ،

ينظر إن اتحد الايجاب والقبول ، فالصفقة متحدة وإن تفرق الايجاب والقبول فالصفقة متفرقة وإن تفرق الإيجاب واتحد القبول أو على عكسه ، فالصفقة متفرقة قيل هذا عندهما ، وأما عند أبي حنيفة متحدة .

(وأيهما قام عن المجلس قبل القبول بطل الايجاب) هذا لفظ القدوري فيمختصره. وقال الأكمل هذا متصل بقوله إن شاء قبل في المجلس وإن شاء رد، وهو إشارة إلى أن رد الايجاب تارة يكون صريحاً وأخرى دلاله ، فإن القيام دليل الاعراض والرجوع والدلالة تعمل عمل الصريح .

فان قيل نعم هذا إذا لم يوجد صريح يعارضه . وها هنا لو قال بعد القيام قبلت وجد الصريح فيرجح على الدلالة. أجيب بأن الصريح إنما وجد بعد عمل الدلالة[1]،فلايعارضها. وقال الكاكي قولــــه ايهما قام ذكر على وجه التعميم على المتعاقدين احترازاً عن إيجاب الخلع والعتق على مال،فانه لايعم المتعاقدين حيث لا يبطل الايجاب بقيام الزوج والمولى ، بخلاف قيام المرأة والعبد . وقيل المراد بالقيام عن المجلس الذهاب عن ذلك المكان لا مجرد الانتصاب وإن كان المذكور في عامــــة الكتب مطلق القيام ، لأن شيخ الإسلام خواهر زادة ذكره في شرح الجامع إذا قام البائع ولم يذهب عن ذلك المكان قبل المشتري صح . وفي قوله قام عن المجلس دليل على أن الذهاب عنــــه شرط لأن القيام عنه يتحقق

---

(١) قوله : إنما وجد بعـــد عمل الدلالة ... الخ أقول أي ان رجحان الصريح على الدلالة إنما يكون عند المعارضة ، وذلك إنما يكون قبل أن يثبت الحكم بالدلالة ، وها هنا ثبت حكم الدلالة وهو انفساخ العقد بمجرد القيام الذي هو دليل الاعراض ، فلم يعمل بعد ذلك صريح القبول ، فإن المفسوخ لا تلحقه الاجازة . فان قيل إن القيام ليس دلالته على الاعراض دلالته قطعية دائمة على الاعراض ، بل ربما يتخلف عنه بقرينته المبـــاشرة بالحوائج . قلنا إن الشيء إذا أقيم مقام شيء فله حكمه حكماً ، وإنما كالنوم ، فانـــه أقيم مقام الاسترخاء ، وحولان الحول فانه أقيم مقام النماء ، فتأمل فيه .

لأن القيام دليـــل الإعراض والرجوع ، وله ذلك على ما ذكرنا
وإذا حصل الإيجاب والقبول لزم البيـع ولا خيار لواحد منهما إلا
من عيب أو عدم رؤية وقال الشافعي يثبت لكل واحد منهما خيار
المجلس لقوله عليه السلام المتبايعان بالخيار ما لم يتفرقا

بالذهاب . أما لو لم يذهب لا يقال قام عنه بل يقال قام فيه . وفي شرح الطحاوي وإن تماقدا عقد البيـع وهما يمشيان أو يسيران على دابة واحدة أو دابتين فإن أخرج المخاطب جوابه متصلا بخطاب صاحبه تم العقد بينهما وإن فصل عنه وإن قل ، فإنه لا يصح وإن كان على دابة واحدة في محمل واحد ، لأنه لما وجد سيراً أو مشياً من أحدهما أو منهما معـاً من بين الخطابين وإن قل فقد بطل المجلس ووجد الإعراض قبل تمامه فيبطل .

(لأن القيـــام دليل الإعراض والرجوع وله ذلك) أي لكل واحد منهما الإعراض والرجوع عما أوجب الموجب قبل قبول الآخر (على ما ذكرنا) إشارة إلى قوله لأنــه لو لم يثبت له الخيار يلزمه حكم العقد من غير رضاه إلى قوله فللموجب أن يرجع لخلوه عن إبطال حق الغير .

(وإذا حصل الإيجاب والقبول) يعني عن الأصل مضافاً إلى المحل مع شرط النفاذ وهو الملك او الولاية (لزم البيـع ولا خيار لواحد منهما) أي لأحد المتعاقدين (وبه قال مالك). وفي شرح الطحاوي هذا في البيـع الصحيح (إلا من عيب أو عدم رؤيـة) فـــإن فيهما الخيار على ما يجيء بيانه إن شاء الله تعالى .

(وقال الشافعي رضي الله عنــه يثبت لكل واحد منهما خيار المجلس) وبـــه قال أحمد ، وذكر في كتبهم إذا حصل الإيجاب والقبول انعقد البيـع ويثبت لهما الخيـــار ما لم يتفرقا أو يتخايرا ، وهو أن يقول أجزنا إمضاء البيـع أو فسخه (لقوله عليه السلام) أي لقول النبي ﷺ (المتبايعان بالخيار ما لم يتفرقا) هذا الحديث رواه الأئمة الستة عن نافع عن عبد الله ابن عمر رضي الله عنهما قال قال رسول الله ﷺ البيعان كل واحد منهما بالخيار على صاحبه ما لم يتفرقا . وبلفظ الكتاب رواه النسائي .

ولنا أن في الفسخ إبطال حق الغير فلا يجوز

(ولنا ان في الفسخ إبطال حق الآخر ، فلا يجوز) لما قال الشافعي رضي الله عنه أثبت الشارع لكل واحد من المتبايعين خيار المجلس على ما دل عليه الحديث المذكور ، فعلم أن لكل منهما بعد تمام العقد أن يرد العقد بدون رضى صاحبه ما لم يتفرقا بالأبدان قال المصنف ولنا ان في الفسخ ، أي في فسخ العقد بعد وقوعه إبطال حق الآخر وهو الساكت عن الفسخ ،فلا يجوز لعدم رضاه ، والعجب من المصنف أن الخصم مستدل بالحديث الصحيح وهو يستدل بالدليل العقلى ، ثم يحمل الحديث على ما ذكره ، وكان الواجب أن يستدل بدليل نقلى إما من الكتاب أو السنة ، ثم يستدل بالدليل العقلي ثم يجيب عن حديث الخصم كما فعله غيره على هذا الوجه ،حيث قالوا ولنا قوله تعالى ﴿ يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود﴾ المائدة ١ والبيع عقد يلزم الوفاء بظاهر الآية فلو كان خيار المجلس ثابتاً لم يكن[1]

---

(١) قوله : لم يكن الوفاء بعقد البيع لازماً ... الخ . أقول لا يقال فعلى هذا تبطل الخيارات كلها ، لأن الوفاء معارض للخيار في الفسخ والإجازة ، لأنا نقول أن البيع بشرط الخيار أو ما في حكمه عقد على هذه الحيثية ، لاتصال الشرط عنه ، فالعقد قبل مضي مدة الخيار أو الإجازة ليس بعقد حكماً فكيف يلزم ، ولهذا قد ثبت في محله أن البيع بالخيار علته للحكم إسماً ومعنى ، لا حكماً أي من حيث أنه يضاف الحكم إليه ولو بعد زوال المانع ،وهو مضي مدة الخيار أو إجازة من له الخيار علته إسماً ومن حيث أنه مؤثر في الملك ، علته معنى ، ومن حيث أنه يتراخى الحكم عنه إلى زوال المانع ليس بعلة حكماً، أي لا يضاف اليه الحكم بمجرد العقد ، بل ينظر إلى مدة زوال المانع ، لكنه إذا زال المانع يثبت الحكم مستنداً إلى وقت العقد ، أي يثبت الحكم من الإيجاب حق يملكه المشتري بزوائد المتصلة والمنفصلة وكذا الحال في خيار العيب والرؤية ، لأن من اشترى شيئاً أو لم يره فالمبيع لو لم يوافقه عند الرؤية أو ظهور العيب عن وقوع خلاف ما زعمه فيه عند العقد ، فلزوم عقده عليه لزوم عقد ما لم يعاهد هو نفسه على عقده ، وأما في خيار المجلس فلا وجه لعدم تمامية العقد فتأمل فيه .

الوفاء بعقد البيع لازماً. وقوله تعالى أيضاً ﴿ وأشهدوا إذا تبايعتم ﴾ ٢٨٢ البقرة ندب إلى الإشهاد على العقد توثقة لهما . وفي ثبوت الخيار يسقط معنى التوثق فكان فيه إبطال معنى الكتاب .

وقوله عليه الصلاة والسلام المسلمون عند شروطهم ، وقد شرطا [١] إمضاء البيع فيلزمهما . وقوله عليه الصلاة والسلام لحبان بن منقذ إذا اشتريت فقل لا خلابة ولي الخيار ، فعلم أن البيع يلزم بالإيجاب والقبول . وفي إثبات الخيار لأحدهما يلزم إبطال حق الآخر فينتفي بقوله عليه الصلاة والسلام لا ضرر ولا ضرار في الإسلام ، أي لا يضر الرجل أخاه ابتداء ، لأن الضرر بمعنى الضر ، وهو يكون من واحد ، والضرار من اثنين بمعنى المضارة وهو أن تضر من ضرك ذكره في المغرب .

(والحديث محمول على خيار القبول) لأن سياق الحديث يدل على ذلك لانهما يسميان متبايعين حقيقة حالة التشاغل بفعل البيع بأن يقول أحدهما بعني ويقول الآخر بعت ، فيتخير كل منهما بعد ذلك . أما البائع فله الخيار إما أن يثبت على ما قال أو يرجع عنه ، وأما المشتري فله الخيار أيضاً إما أن يقبل أو يرد ما داما في المجلس . وهذا تأويل قوله عليه الصلاة والسلام (وفيه إشارة إليه) أي في الحديث إشارة إلى خيار القبول ، وبين ذلك بالفاء التفسيرية بقوله (فإنهما متبايعان حالة المباشرة لا بعدها) يعني أن حقيقة اسم المتبايعين لهما حالة التشاغل بالعقد لا بعد الفراغ منه كالمتقابلين والمتناظرين ، وبه نقول

---

(١) قوله : وقد شرطا امضاء البيع ... الخ ، أقول فإن قلت من أين علم أنهما شرطا امضاء البيع، لأن مجرد العقد لايفيده. قلنا أن قول البائع بعت في معنى قوله أجزت المبيع عن ملكي وأدخلته في ملكك بإزاء ثمنك، وقول المشتري اشتريت في معنى قوله اخرجت الثمن عن ملكي وادخلته في ملك بإزاء مبيعك ومن الظاهر أن بيع البائع لا يتم إلا بعد شراء المشتري وشراء المشتري لا يتم إلا بعد بيع البائع ، فاعتراف كل منهما بإخراج المبيع الثمن عن ملكها قبل خروجها اعتراف بمعاهدة الإخراج وإلزامه على نفسها .

أن لكل واحد من المتساومين الخيار ، لأن كونهما متبايعين حالة المباشرة [1] بطريق الحقيقة ، لبقاء قوله بعت ، إلى قوله اشتريت من حيث الشرع [2] فالحقيقة الشرعية بمنزلة الحقيقة لغة ، فيكون ما قلناه حقيقة ، وما قاله الخصم مجازاً باعتبار ما كان إذ لو بقي قوله بعد بعت واشتريت بعد التكلم بهما لما جازت الإقالة ، لأن رفع الشيء [3] في حال ثبوته محال ، وهذا لأن البائع والمشتري قد اجتمعا على المبيع ، فإذا تم الإيجاب والقبول فقد تفرقا عما اجتمعا عليه .

فإن قلت لم لا يجوز أن يكون الإيجاب والقبول شرطاً باقياً ما داما في المجلس . قلت لما ذكرنا من صحة الإقالة فيكون الباقي بمعنى الذي ثبت بالإيجاب والقبول .

(أو يحتمله فيحمل عليه) أي أو يحتمل ما قاله الخصم ، ويحتمل ما قلنا وما قلناه راجح لما ذكرنا أنه حقيقة ، والحمل عليه أولى ، ولا يقال العقود الشرعية في حكم الجواهر ، فيكونان متبايعين مع وجود كل كلاميهما ، لأن الباقي بعد كلاميهما حكم كلاميهما [3] شرعاً لا حقيقة كلاميهما والكلام في حقيقة الكلام .

(والتفرق فيه تفرق الأقوال) أي التفرق المذكور في الحديث تفرق الأقوال . وقال

---

(١) قوله : حالة المباشرة . أقول لأن الإستناد إلى ما كان أو إلى ما يؤول مجازاً .

(٢) قوله : من حيث الشرع ... إلى آخره ، أقول لا من حيث الحس لانتفاء القول بعد التلفظ .

(٣) قوله : لأن رفع الشيء ... الخ ، أقول فإن قلت فعلى هذا يكون الامر بوفاء العقود عبثاً ، لأنه لا يخلو إما أن يكون الأمر بوفاء العقود قبل العقد أو بعده ، أو في حالة انعقادها على الأول يكون الأمر بإيفاء الشيء قبل تحققه وهو باطل ، وعلى الثاني طلب إيفاء الشيء بعد عدمه ، وهو أيضاً باطل . وعلى الثالث أيضاً كذلك ، لأن العدم حالة الوجود محال ، فلا حاجة إلى الأمر بالإيفاء . قلنا أن الأمر بالإيفاء طلب لإبقاء أحكامها ، فلا نقض ولا غبار فتأمل ، فإنه دقيق .

(٤) قوله : حكم كلاميهما ... الخ ، أقول فالمراد في قولهم العقود الشرعية في حكم الجواهر ، أحكامها لا نفسها فتأمل فيه .

الأكمل هذا جواب عما قال التفرق عرض فيقوم بالجوهر ولقائل أن يقول عمل التفرق على ذلك يستلزم قيام العرض [1] بالعرض وهو محال بإجماع أهل السنة فيكون إسناد التفرق إليهما مجازاً،فما وجه ترجيح مجازكم على مجازهم. وأجيب بأن اسناد التفريق والتفرق إلى غير الأعيان سائغ وشائع،فصار بسبب فشو الاستعمال فيه بمنزلة الحقيقة. قال الله تعالى ﴿ وما تفرق الذين[2] أوتوا الكتاب ﴾ ٤ البينة الآية وقال تعالى ﴿لا نفرق[3] بين أحد من رسله﴾ ٢٨٥ البقرة

---

(١) قوله : يستلزم قيام العرض . الخ ، أقول أي قيام العرض بالعرض محال ، فإن قيل إنه يقال أن الحركة سريعة واللون أبيض وغيرهما مع أنه لا كلام في صحتها . قلنا هذا الاسناد إسناد الوصف إلى الشيء باعتبار المتعلق ، لأن السريع هو المتحرك والأبيض هو المتلون ، والتحقيق أن الاتصاف على قسمين انضمامي وانتزاعي ، والأول لا يكون بين الأعراض ، لأن انضمام الوصف وقيامه بالشيء فرع قيامه في نفسه ، ومن الظاهر أن هذا المعنى لا يوجد في الأعراض ، بخلاف كون العرض مثار لانتزاع وصف آخر فانه لا محذور فيه ، ولا الإستحالة فتأمل فانه دقيق .

(٢) قوله : وما تفرق الذين ، أقول في الكشاف كان الكفار من الفريقين أهل الكتاب وعبدة الأصنام يقولون قبل بعث النبي ﷺ لا ننفك مما نحن عليه من ديننا ، ولا نترك حتى يبعث النبي الموعود الذي هو مكتوب في التوراة والانجيل ، وهو محمد ﷺ فحكى الله تعالى ما كانوا يقولونه ، أي وما تفرق الذين أوتوا الكتاب عما كانوا عليه بأن آمن بعضهم لو تردد في دينه ، أو عن وعدهم بالاصرار على الكفر . فان قيل إذا كان المراد عدم التفرق في الوعد فكيف يستقيم ما قال الشارح العلامة المراد التفرق في الاعتقاد . قلنا لما كان وعدهم استقامتهم على اعتقاد الكفر فيؤول المنطوق إلى ما قال رحمه الله .

(٣) قوله : لا نفرق بين .. الخ ، أقول المراد نفي التفرق بالتصديق ، وإلا فقد فضل الله بعضهم على بعض ، فالتفريق من حيث التفضيل وبيان تفاوت مدارج بعضها على بعض ليس بممنوع . فإن قيل قال رسول الله ﷺ ما ينبغي لأحد أن يكون خيراً من ابن متى رواه البخاري في صحيحه وفيه أيضاً ماينبغي لأحد انيقول انا خير من يونس بن متى، ←

والمراد التفرق في الاعتقاد . وقال ﷺ ستفترق امتي على ثلاث وسبعين فرقة وهو أيضاً في الاعتقاد ، وفيه نظر لأن المجاز باعتبار ما يؤول إليه أو ما كان عليه أيضاً ، كذلك على أن ذلك يصح على مذهب أبي يوسف ومحمد لا على مذهب أبي حنيفة ، فـإن الحقيقة المستعملة أولى من المجاز المتعارف عنده ، ولعل الأولى أن يقـال حمله على التفرق بالأبدان رد إلى جهالة ، إذ ليس له وقت معلوم ، ولا غاية معروفة ، فيصير من أشباه بيع المنابذة والملامسة وهو مقطوع بفساده . وهـذا معنى قول مالك ليس لهـذا الحديث حد معروف .

في المبسوط راوي حديث مالك ابن عمر رضي الله عنهما ومذهبه أن خيار المجلس لا يثبت ، وعمل الراوي بخلاف الحديث دليل ضعفه . ولهذا قال ابن العربي قال مالك ليس لهذا الحديث عندنا حد معروف ، ولا أمر معمول به . وقـال الأكمل أو نقول التفريق يطلق على الأعيان والمعاني بالاشتراك اللفظي ، وترجيح جهة التفرق بالأقوال بما ذكرنا من أداء حمله على التفرق بالأبدان إلى الجهالة .

← وفيه أيضاً من قال أنا خير من يونس بن متى فقد كذب ، فعلم من هذه الأحاديث أن التفضيل ليس بجائز . قلنـا المراد نفي التفضيل في نفس النبوة في إرشاد الساري لشرح صحيح البخاري ، قال قال رسول الله ﷺ ما ينبغي لأحد أن يكون خيراً من ابن متى ، أي في نفس النبوة إذ لا تفاضل فيهـا . نعم بعض النبيين أفضل من بعض كما هو مقرر ، ولأبي ذر من يونس بن متى ، أي ليس لأحد أن يفضل نفسه عليه ، أو ليس لاحد أن يفضلني عليه . وفي سورة النساء ما ينبغي لاحد أن يقول أنا خير من يونس بن متى ، قاله تواضعاً ، ولا يعارضه تحدثه بنعمة الله عليه ، حيث قال أنا سيد ولد آدم ، ثم قال إنه قال من قال أنا خير من يونس بن متى فقد كذب قاله زجراً أو سداً للذريعة من توهم حط مرتبة يونس لما في قوله تعالى ﴿ ولا تكن كصاحب الحوت ﴾ ٤٨ القلم ونفس النبوة لا تفاضل فيها إذ كلهم فيها على حد سواء كما مر .

وقال الطحاوي اختلف الناس في تأويل قول رسول الله ﷺ البيعان بالخيار ما لم يتفرقا فقال قوم هذا على الافتراق بالأقوال ، ثم بسط الكلام فيه . قلت في شرحي الذي سميته نخب **الأفكار** في تنقيح مبان الأخبار في شرح معاني الآثار أراد بالقول هو لإبراهيم النخعي وسفيان الثوري في رواية وربيعة الرازي ومالكاً وأبا حنيفة ومحمد بن الحسن ، فإنهم قالوا المراد من قوله عليه الصلاة والسلام ما لم يتفرقا ، هو التفرق بالأقوال . فإذا قال البائع قد بعت ، وقال المشتري قد اشتريت ، فقد تفرقا ، ولا شيء لهما بعد ذلك خيار ، ويتم به البيع ولا يقدر المشتري على رد البيع إلا بخيار الرؤية ، أو خيار العيب أو خيار الشرط ، أي شرطه . وقال عيسى بن إبان الفرقة التي تقطع الخيار في الحديث هي الفرقة بالأبدان ، ولكن فسره بقوله إن الرجل إذا قال للرجل قد بعتك عبدي بألف درهم فللمخاطب بذلك القول أن يقبل ما لم يفارقه صاحبه ، فاذا افترق لم يكن له بعد ذلك أن يرجعه لولا أن هذا الحديث جاء ما علمنا ما نقطع بها للمخاطب من قبول المخاطبة التي خاطبه بها صاحبه ، وأوجب له بها البيع فلما جاء هذا الحديث ، علمنا ان افتراق أبدانهما بعد المخاطبة بالبيع يقطع قبول تلك المخاطبة ، وقد روي هذا التفسير عن أبي يوسف ، وقاله الطحاوي .

وقال آخرون هذه الفرقة المذكورة في هذا الحديث هي الفرقة بالأبدان ، فلا يتم البيع حتى يكون ، فاذا كانت تم البيع . قلت أراد بالآخرين سعيد بن المسيب والزهري وعطاء بن أبي رباح وابن أبي ذئب وسفيان بن عيينة والأوزاعي والليث بن سعد وابن أبي ليلى والحسن البصرى وهشام بن يوسف وابن عبد الرحمن وعبد الله بن حسن القاضي والشافعي وأحمد وإسحاق وأبا ثور وأبا عبيد وأبا سليمان ومحمد بن جرير الطبرى وأهل الظاهر . وقال الأوزاعي حد التفرق أن يغيب كل واحد منهما عن صاحبه حتى لايراه . وقال عياض قال الليث هو أن يقوم أحدهما . وقال آخرون هو افتراقهما من مجلسهما أو نقلهما .

قال والأعواض المشار إليها لا يحتاج إلى معرفة مقدارها في جواز البيع لأن بالإشارة كفاية في التعريف وجهالة الوصف فيه لا تفضي إلى المنازعة

(قال) أي القدوري (والأعواض المشار إليها لا يحتاج إلى معرفة مقدارها في جواز البيع) أراد بذلك ما تبع العقد عليه سواء كان من النقدين أو غيرهما ، وسواء كانت ثمناً أو مثمناً بعد [١] أن لم يكن في الأموال الربيويه ، فانها إذا بيعت بجنسها عندجهالة مقدارها لا يجوز ، وإن أشار إليها لاحتمال الربا ، والتقييد [٢] بالبيع احترازاً عن السلم ، فان رأس المال فيه إذا كان مكيلا أو موزوناً يشترط معرفة مقداره [٣] في جواز السلم عند أبي حنيفة ، كما يجيء . ولا يكتفي بالاشارة (لأن بالاشارة كفاية فيالتعريف، وجهاله الوصف فيه) أي جهالة القدر في العوض المشار اليه . قال الكاكي أي وصف المقدار في التعريف أو في البيع (لا يفضي إلى المنازعة) لأنها حاضرة ، والتقابض حال بخلاف جهالة وصف المقدار في المسلم فيه ، حيث لا يجوز ، لأدائها إلى المنازعة لعدم حضوره .

---

(١) قوله : بعد أن لم يكن ... الخ ، أقول وإنما ترك المصنف هذا الاستثناء لانها مما يتعلق بالربا ، وهذا الباب ليس بيانه .

(٢) قوله : والتقيد بالبيع ... الخ أقول لأنا قد علمناك سابقاً ان بيع العين الموجود بالثمن يسمى بيعاً لكثرة وقوعه وشهرته منبين إقام البيع،فالمطلق ينصرف إليه فلا يرد أن المطلق كيف يفيد الاحتراز عن بعض أفراده ، لان إطلاقه على الجميع على السواء .

(٣) قوله : يشترط في معرفة مقداره ... الخ ، أقول لان جهالة قدر رأس المال يستلزم جهالة المسلم فيه ، لان المسلم إليه ينفق رأس المال شيئاً فشيئاً ، وربما يجد بعد ذلك زيوفاً ، فيرده ولا يستبدله في مجلس الرد ، فيبطل العقد بقدر ما رده . فاذا لم يكن مقدار رأس المال معلوماً لا يعلم في كم انتقص وفي كم بقي ، وجهالة المسلم فيه مفسدة بالاتفاق ، فكذا ما يستلزمها ، لان اللازم في حكم الملزوم ، وهذا حجة إمامنا الاعظم رحمه الله .

والأثمان المطلقة لا تصح إلا أن تكون معروفة القدر والصفة ، لأن التسليم والتسلم واجب بالعقـــد ، وهذه الجهالة مفضية إلى المنازعـــة ، فيمتنع التسليم والتسلم ، وكل جهالة هذه صفتها تمنع الجواز . هذا هو الأصل .

(والاثمان المطلقة) قال الأكمل أي المطلقة عن الاشارة لا يصح بها العقد ، وكل ما هو واجب بالعقد يمتنع حصوله بالجهالة المفضية إلى النزاع . وقال الاترازي المرادبالاثمان المطلقة الدراهم والدنانير ، لأنها أثمان بكل حال ، لأن الله تعالى خلق الذهب والفضة ثمناً للأشياء ، والمعنى بالثمنية كونه بحال يقدر به مالية الاشياء ، ويتوصل به إليها ومما بهذه الصفة قبل الصياغه وبعدها . ويجوز أن يراد بها المطلقة عن قيد الاشارة وقد ذكرنا هذا عن الاكمل رحمه الله . وقال الكاكي ذكر الاطلاق ها هنا للاحتراز عن كونهـا مشاراً إليها لا للاحتراز عن أثمان غير مخلوقة للثمنية ، لأنه ذكره بعد قوله والأعواض المشار اليهـــا مع اختلاف الحكم (لا تصح إلا أن تكون معروفة القدر) كالخمسة [1] والعشرة (والصفة) كالبخاري والسمرقندي .

(لان التسليم واجب بالعقد ، وهذه الجهالة) أي جهالة القدر والصفة (مفضية إلى المنازعة) المانعة من التسليم والتسلم (فيمتنع التسليم والتسلم) أي من جهة الآخر (وكل جهالة هذه صفتها تمنع الجواز) أي جواز العقد (هذا) أي كون الجهالة المفضية إلى المنازعة مانعة (هو الاصل) أي في كتاب البيوع بالاجماع ، لان شرعية المعاملات لقطع المنازعات المفضية إلى الفساد. ثم لا بد من معرفة الاثمان المطلقة .

قال في الكامل النقدان والفلوس ثمن كيف ما ذكر لانها لا يتعينان عندنا خلافـــاً

---

(١) قوله : كالخمسة ... إلى آخره ، أقول صورة الاثمان المطلقة قبل بيـــان القدر والصفة ما إذا قال اشتريت هذا الشيء بالذهب ولم يبين قدره ولا وصفه ، وكذا لو قـــال بالدراهم وبيـــان القدر أن نقول عشرة أو خمسة ، وبيان الصفة أن يقول سمرقندي أو بخاري .

قال ويجوز البيع بثمن حال ومؤجل
إذا كان الأجل معلوماً ،

للشافعي رضي الله عنه ، فيثبت في الذمة .

وعن الفراء الثمن ما يثبت في الذمة . قال صاحب المجتبى فهو المراد بالأثمان المطلقة ها هنا . وعن الكرخي ما يتعين في العقد فهو مبيع وما لم يتعين فهو ثمن . قال الاترازي ثم الاموال ثلاثة أنواع ، ثمن مطلق وسلعة محضة ودائر بينهما بيان ذلك فيما قال صاحب التحفة ، ثم الدراهم والدنانير أثمان أبداً ، سواء كان في مقابلتها أمثالها أو أعيان صحبها حرف الباء أولاً حتى أن في الاثمان يصير صرفاً ، ولو كانت بمقابلتها السلعة تصير ثمناً ، والسلعة مبيعاً على كل حال ، لانها أثمان مطلقة على كل حال ، فلا يتعين بالتعيين ، وأما الاعيان التي ليست من ذوات الامثال كالثياب والدور والعقار والعبيد والعدديات المتفاوتة كالبطيخ والثمار ، فهي مبيعة ويتعين بالتعيين . ولا يجوز البيع فيها إلا عيناً إلا فيما يجوز فيه السلم كالثياب ، بخلاف القياس . ثم الثياب كاتثبت بيعاً في الذمة مؤجلا بطريق السلم تثبت ديناً في الذمة مؤجلا بطريق الثمن ، والاجل شرط في الثياب ، لا لانه شرط في الاثمان ولكن شرط لتصير ملحقة بالسلم في كونها ديناً في الذمة .

وأما المكيل والموزون والعددي المتقارب إن كانت في مقابلتها أثمان فهي مبيعة ، وإن كان في مقابلتهما أمثالها أعني المكيل والموزون والعددي المتقارب ، فكل ما كان موصوفاً في الذمة يكون ثمناً ، وكل ما كان معيناً يكون مبيعاً . وإن كان كل واحد منهما موصوفاً في الذمة فما صحبه حرف الباء يكون ثمناً ، والآخر مبيعاً لان هذا مما يتعين بالتعيين ، ويثبت ديناً في الذمة أيضاً ، فتعين أحد الوجهين بالدليل .

(قال) أي القدوري (ويجوز البيع بثمن حال ومؤجل) وفي بعض النسخ أو مؤجل ، وعليه إجماع العلماء . وفي الكامل لو قال بعتكه بألف حالاً أو بألفين نسيئة لا يجوز لجهالة الثمن (إذا كان الاجل معلوماً) لان جهالته مانعة من التسليم والتسلم ، فيؤثر في

لإطلاق قوله تعالى ﴿ وأحل الله البيع ﴾ ٢٧٥ البقرة، وعنه عليه السلام أنه اشترى من يهودي طعاماً إلى أجل ورهنه درعه ، ولا بد أن يكون الأجل معلوماً ، لأن الجهالة فيه مانعة عن التسليم الواجب بالعقد ، فهذا يطالبه به في قريب المدة ، وهذا يسلمه في بعيدها . قال ومن أطلق الثمن في البيـــع

صحة العقد (لاطلاق [1] قوله تعالى ﴿ وأحل الله البيع ﴾) لأنه لم يفصل بين ثمن حـال وثمن مؤجل .

(وعنه عليه الصلاة والسلام) أي وعن النبي ﷺ (إنه اشترى من يهودي طعاماً إلى أجل ورهنه درعه) وهذا الحديث رواه البخاري ومسلم عن الأسود عن عائشة رضي الله عنها أن رسول الله ﷺ اشترى من يهودي طعاماً إلى أجل ورهنه درعاً له من حديد . وفي لفظ البخاري ثلاثين صاعـــاً من شعير ، وهذا اليهودي اسمه أبو الشحم رجل من بني ظفر ، هكذا وقع مسمى في سنن البيهقي ، أخرجه عن جعفر بن محمد عن أبيــــه عن جابر رضي الله عنه .

(ولا يجوز إذا كان الأجل مجهولاً لأن الجهالة فيه مانعة من التسليم الواجب بالعقد) هو التسليم والتسلم (فهذا يطالبه به) أي يطالب المشتري بالثمن (في قريب المدة وذاك) أي المشتري (يسلمه في بعيدها) أي في بعيد المدة .

(قال) أي القدوري (ومن أطلق الثمن في البيـع) بأن ذكر القدر دون الصفة ، مثل أن يقول المشتري مثلا اشتريت بعشرة دراهم ولم يقيدهـــا بالبخارية أو السمرقندية ونحو

---

(١) قوله : لان قوله تعالى ... الخ ، أقول في الدرر فيـــه إشكال لان نص البيع مطلق واشتراط معلولية الاجل بالدليل القطعي تقيد المطلق بالرأي ، وهو غير صحيح لما تقرر في الاصول أن تقيد المطلق نسخ ونسخ الكتاب بالرأى لا يجوز . أقول هـــذا الاشكال ليس بشيء ، لان البيع المطلق لا يتناول البيع الذي فيـه الاجل مجهول ، لان التسلم والتسلم واجبان بالعقد ، والواجب عن الشيء في حكم لازمه والشيء لا يتناول مباثنه ومبائن لوازمه .

كان على غالب نقد البلد ، لأنه هو المتعارف، وفيه التحري للجواز فيصرف إليه ، فإن كانت النقود مختلفة فالبيع فاسد إلا أن يبين أحدها وهـــذا إذا كان الـكل في الرواج سواء ، لأن الجهالة مفضية إلى المنازعة ،

ذلك . او قال اشتريت بكذا مثقالاً ولم يقيده بالخليفتي والركني ونحو ذلك . وقال الكاكي قوله ومن أطلق الثمن يعني ذكر القدوري ، والنوع دون الوصف فإنه لو لم يذكرهما كانت المسألة عين الأولى(١)، وهي قوله والأثمان المطلقة وفي البداية إنما أورد هذا ليبين أن تعريف الصفة كما يحصل بالتنصيص يحصل بطريق الدلالة باعتبار العرف وكثرة الإستعمال . وفي الجنازية قوله أطلق أي ذكر الوصف (٢) وعن نقد البلد بعد أن سمى قدره ونوعه (كان على غالب نقد البلد لأنه هو المتعارف) أي لأنه هو المتفاهم في عرف الناس والمطلق من الألفاظ ينصرف إليه بدلالة العرف . وقال تاج الشريعة نقد البلد أي البلد الذي جرى فيه البيع لا في بلد المتبايعين (وفيه التحري للجواز) أي وفي غالب نقد البلد التحري لجواز العقد (فينصرف إليه) أي فيصرف إطلاق الثمن إلى غالب نقد البلد .

(فإن كانت النقود مختلفة) أي إن كانت النقود في البلد على اختلاف الوزن رائجة على السواء (فالبيع فاسد) للجهالة المانعة من التسليم والتسلم (إلا أن يبين أحدها) استثنى من قوله فالبيع فاسد أي إلا أن يبين أحد النقود المختلفة فحينئذ يجوز (وهذا)أي فساد البيع (إذا كان الكل في الرواج سواء ، لأن الجهالة مفضية إلى المنازعة) لأنه لا يمكن

---

(١) قوله : عين الاولى أقول ولا حاجة إلى زيادة ما زاده صاحب الكفاية . ولو ذكرهما كان عين تلك المسألة بعد الاستثناء ، وهي قوله والاثمان المطلقة لا تصح إلا أن تكون معروفـــة القدر والصفة انتهى لان الاطلاق يأبى عن هذا التشقيق فلا مدخل لـــه في التقريب .

(٢) قوله : وهذا المعنى هو المفهوم عن قوله كان على نقد البلد والاتحاد عن المسألـــة السابقة الجارية في بيان الأثمان المطلقة .

إلا أن ترتفـــع الجهالة بالبيان أو يـكون أحدهما أغلب وأروج،
فحينئذ يصرف إليه تحرياً للجواز . وهذا إذا كانت مختلفة في المالية
فإن كانت سواء فيها كالثنائي

ترجيح بعضها على البعض لإطلاق التسمية (إلا أن مرتفع الجهالة بالبيان) بأن يبين بعض النقود أنه هو المراد (أو يكون أحدها) أي أحد النقود (أغلب وأروج فحينئذ يصرف اليه) أي إلى الأغلب الأروج (تحرياً للجواز) أي طلباً لجواز العقد إذ أمور المسلمين محمولة على الصحة ما أمكن (وهذا) أي فساد العقـد في المستوية الرواج (إذا كانت) أي النقود (مختلفة في المالية) كالذهب الركني والخليفقي فإن الخليفقي أفضل في المالية من الركنى . (فإن كانت سواء فيها) أي في المالية (كالثنائي [1]) وهو ما كان الإثنان منه يعبر

---

(١) قوله : كالثنائي ، وهو ما يكون ... الخ . أقول فمالية الإثنين أو الثلاث كمالية الواحد من الأحادي ، ولا يسمى الواحد من الثنائي والثلاثي درهماً في ذلك الحرف ، بل ينصرف الدرهم في عرفهم إلى أحد الأشياء ، وهو الواحد من الآحادى والاثنان من الثنائي والثلاث من الثلاثي فيصح العقد على الدرهم المطلق ، هذا كلام صاحب الكفاية . ويؤيــده ما قال في الدار شرح الغرر فإن استوى الماليـــة أيضاً كما استوى الرواج واختلف الإسم كالأحادي والثنائي والثلاثي صح إن أطلق اسم الدرهم،على كل منهما حيث يطلق على الواحد من الأول والاثنين من الثاني والثلاث من الثالث اسم الدرهم ، وينصرف إلى ما قدر به من كل نوع مثلاً إذا باع بألف درهم فله أن يعطي الفاً من الأحادي أو ألفين من الثنائي أو ثلاثة آلاف من الثلاثي ، هذا ما ذكر في الكافي . وأورده صاحب الهداية انتهى ملخصاً. وبكذا نقل الحلبي في ذخيرة العقبي ، وظهر من هذا أن كلام الشارح رحمه الله بريء عن التعقيد وقد زال هاهنا قدم صاحب العناية وفهم ما لا يذهب اليه ذهن الذاهن ، وقـــال إن في كلام الشارح تعقيد أوهو قوله كالثنائي الخ مثال للنقود المختلفة في المالية فلزم الفصل بين قوله إذا كانت مختلفة ، ومثاله وهو قوله كالثنائي ، بالشرط وهو قوله فإن كانت سواء فيهـا ولزم الفصل بين هذا الشرط وبين جزائه وهو قوله جاز البيع بقوله كالثنائي إلى قوله جاز ، ←

والثلاثي والنصرتي اليوم بسمرقند والإختلاف بين العدالي بفرغانة جاز البيـــع إذا أطلق إسم الدرهم، كذا قالوا . وينصرف إلى ما قدر به من أي نوع كان، لأنه لا منازعة ولا اختلاف في المالية .

قال ويجوز بيع الطعام والحبوب مكايلة ومجازفة .

دانقاً (والثلاثي) وهو ما كان الثلاث منه يعبر دانقاً (والنصرتي اليوم بسمرقند) وهو بمنزلة الناصرى ببخارى كذا قال الإمام حميد الدين في فوائده (والإختلاف بين العـدالي بفرغانه) قال الاترازي وهي لغة فقهاء ما وراء النهر ، ويسمون الدرهم عدالياً وقـــد استعملوها في كتبهم (جاز البيـع) جواب قوله فإن كانت سواء (إذا أطلق اسم الدرهم) أي فيما ذكر من هذه الأشياء (كذا قالوا) أي كذا قال المتأخرون من المشايخ (وينصرف إلى ما قدر به) أي ينصرف اسم الدرهم إلى ما قدر به من المقدار كعشرة ونحوه (من أي نوع كان) من غير قيد بنوع معين (لأنـــه لا منازعة) في الاستواء في الرواج (ولا اختلاف في المالية) للمساواة فيها .

(قال) أي القدوري (ويجوز بيع الطعام) والمراد بالطعام الحنطة ودقيقها ، لأنـه يقع عليها عرفاً ، كذا قاله الشراح ، وقيدوا بقولهم عرفاً ويؤيد هذا ما قاله الخليل أن المعالي في لغة العرب أن الطعام هو البر خاصة (والحبوب) كالعدس والحمص ونحوهمـا ، ومن جعل الطعام أعم قال ذكر الحبوب مستدرك وليس كذلك ، لأن الطعـام اسم للبر خاصة والحبوب غيره فافهم (مكايلة) مصدر من باب المفاعلة يقال كايلته مكايلة إذا كلت له وكال لك (ومجازفة) وهو أيضاً مصدر من جازف . وقال الجوهري الجزف أخـذ الشيء مجازفة وجزافاً فارسي معرب . وفي المغرب وهو البيـع بالحدس والظن بلا كيل ولا دن . وفي الجمهرة الجذف الأخذ بكثرة ومن ذلك قولهم جزف له في الكيل إذا أكثر ،

← ولا يستقيم أن يجعل قوله كالثنائي متعلقاً بقوله فكانت سواء، لأن الثنائي وهو ما كان اثنتان منه دانقاً ، والثلاثي وهو ما كان ثلاثة منه دانقاً لا يكون في المالية سواء ، لكن يمكن أن يكون في الرواج سواء .

وهذا إذا باعه بخلاف جنسه لقوله عليه السلام إذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم، بخلاف ما إذا باعه بجنسه مجازفة لما فيه من احتمال الربا. ولأن الجهالة غير مانعة من التسليم والتسلم فشابه جهالة القيمة.

ومنه الجزاف والمجازفة في الشرك والبيع وهو يرجع إلى المساهلة.

(وهذا) أي البيع مجازفة (إذا باعه بخلاف جنسه) فحينئذ يجوز (لقوله عليه الصلاة والسلام) أي لقول النبي ﷺ (إذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم) هذا الحديث بهذا اللفظ غريب، وقد روى الجماعة غير البخاري عن عبادة بن الصامت رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال الذهب بالذهب، والفضة بالفضة، والبر بالبر، والشعير بالشعير، والتمر بالتمر، والملح بالملح، مثلا بمثل، سواء بسواء، يداً بيد، فإذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم إذا كان يداً بيد.

(بخلاف ما إذا باعه بجنسه مجازفة) حيث لا يجوز (لما فيه من احتمال الربا)، لأنه ربما يزيد أحد الجنسين على الآخر فيصير ربا. وقال الكاكي قوله إذا باعه بخلاف جنسه إنما يفيد فيما إذا كان شيئاً يدخل تحت الكيل. وأما إذا كان قليلا [1] لا يدخل تحت الكيل، فيجوز بيعه بجنسه مجازفة أيضاً كذا في الذخيرة (ولأن الجهالة) عطف على قوله عليه الصلاة والسلام أي لأن جهالة بيع الحبوب والطعام مكايلة ومجازفة (غير مانعة من التسلم، فشابه، جهالة القيمة) أي شابه جهالة المجازفة جهالة القيمة بأن اشترى شيئاً بدرهم ولم يدر

---

(١) قوله : وأما إذا كان قليلا .. الخ، أقول فإن قلت كيف يجوز مع أن الحديث المروي في البر لا يعارضه. قلنا أن المكيلات إنما يقدر بالكيل من حيث الشرع، فالحكم بالتساوي وعدمه فيها لا يعتبر إلا به، والشيء القليل الذي لا يدخل تحت الكيل يقدره الكيل، فلا يحكم بعدم جوازه بعينه بجنسه، لأن عدم الجواز عن احتمال عدم التساوي من حيث الكيل، وهو مفقود في القليل الذي لا يدخل تحت الكيل.

قال ويجوز بإناء بعينه لا يعرف مقداره وبوزن حجر بعينه لا يعرف مقداره ، لأن هذه الجهالة لا تفضي إلى المنازعة ، لما أنه يتعجل فيه التسليم فيندر هلاكه قبله ، بخلاف السلم لأن التسليم فيه متأخر ، والهلاك ليس بنادر قبله فتتحقق المنازعة ،

قيمته أزيد منه أو أنقص يجوز ، لأن هذه الجهالة لا تفضي إلى المنازعة ، والمانع هي الجهالة المفضية إلى المنازعة .

(قال) أي القدوري في مختصره (ويجوز) أي البيع (بإناء بعينه) بأن قال بهذا الإناء وأشار إليه ، ولكن (لا يعرف مقداره) أي مقدار الإناء (وبوزن حجر) أي وكذا يجوز البيع بوزن حجر (بعينه لا يعرف مقداره ، لأن الجهالة لا تفضي إلى المنازعة ، لما أنه يتعجل فيه التسليم فيندر هلاكه قبله) أي قبل التسليم ، لأنه يندر هلاك كل من الإناء والحجر قبل التسليم . وفي المبسوط لو اشترى بهذا الاناء يداً بيد فلا بأس به ، لأن في المعين البيع مجازفه يجوز .

(بخلاف السلم) حيث لا يجوز فيه بإناء بعينه ولا بحجر بعينه (لأن التسليم فيه) أي لأن تسليم المعقود عليه في السلم) متأخر إلى مدة (والهلاك) أي هلاك الحجر والاناء المعنيين (ليس بنادر قبله) أي قبل التسليم (فتتحقق المنازعة) عند ذلك فلا يجوز . وقال الكاكي ويجوز باناء من حديد أو خشب وما أشبه ذلك . أما إذا جهل كالزنبيل والجوالق والغراير لا يجوز . ولو باعه طعاما على أن يكيله بزنبيل أو باناء يشبه الزنبيل لا يجوز في قول أبي حنيفة وأبي يوسف ، وكذا لو اشترط عليه وزن ثوب أو متاع أو ملاءجوالق . وفي جمع التفاريق عن محمد جواز الشراء بوزن هذا الحجر(١) وفيه الخيار . وعن أبي يوسف(٢)

---

(١) قوله : بوزن هذا الحجر أقوله لأن المعيار المعين لم يتباعد عن المجازفة .

(٢) قوله : وعن أبي يوسف لا يجوز . أقول لأن البيع في المكيلات والموزونات ، أما أن يكون مجازفة أو بذكر القدر ، ففي المجازفة المعقود عليه ما سمي من هذا المقدار ولم يوجد شيء منهما ، فانه ليس بمجازفة ولا يشترط فيه الكيل إذا لم يكن المكيال معلوماً .

لا يجوز . وفي جميع النوازل لو اشترى بوزن هذا الحجر ذهبا ثم علم بـه ، جـاز وله الخيار . وكذا لو باع عبده بما باع به فلان عبده جـاز . وفي جمـع العلوم لو يعلم المشتري[1] جاز وبما يبيع الناس[2] لايجوز،وهكذا ظاهر مذهب الشافعي رضي الله عنه . وحكي عنه وجه أنه يجوز ، وإن لم يعلم ما باع فلان . وعن أبي جعفر لو قـال بعتك من هذه والحنطة ما يملأ هذا البيت [3] لا يجوز ، ومثل مـا يملأ هذا الطشت [4] يجوز . وعن أبي حنيفة رضي الله عنه[5] لا يجوز شراء قربة من ماء هذا النهر،لأن الماء ليس عنده، ولا يعرف قدر القربة ، وأطلق جوازه في المجرد ، وكذا قربة بعينها أو راوية من مـاء الفرات يوفيه في منزله .

وجوز أبو يوسف أيضا . وعنه إذا ملأ ثم تراضيا جاز وهذه مجازفة . وقال برهان

---

(١) قوله : لو يعلم المشترى ... الخ ، أقول وإلا لا لجهالة الثمن .

(٢) قولـه : وبما يبيع الناس ... الخ ، أقول لأن بيعهم مختلف في التقـدير للزوم الجهالة .

(٣) قوله : ما يملأ هذا البيت ... الخ ، أقول لأن وسعه مع اختلاف زواياه مما يورث النزاع في خلائه .

(٤) قوله : ومـا يملأ هذا الطشت ... الخ ، أقول لأن وسعه من حيث الملأ معلوم وليس مما يورث النزاع .

(٥) قوله : وعن أبي حنيفة رحمه الله في رواية الحسن بن زياد أنه ، أي العقد إناء بعينه لا يعرف قدره وبوزن حجر بعينه لا يعرف قدره لا يجوز في البيع أيضاً ، كما لا يجوز في السلم لأن البيع في المكيلات والموزونات . أما أن يكون مجازفـة أو بذكر القدر ففي المجازفة المعقود عليه ما يشاء اليه ، وعند ذكر القدر المعقود عليه مـا سمي من القدر ولم يوجد شيء منها ، فإنه ليس بمجازفة ولا يشترط فيه الكيل إذا لم يكن المكيال معلوماً، والأول أي جواز البيع بهما أصح من حيث الدليل ، فإن المعيار المعين لم يتباعـد عن المجازفة وأظهر من حيث الرواية .

وعن أبي حنيفة أنه لا يجوز في البيع أيضاً ، والأول أصح وأظهر . قال ومن باع صبرة طعام كل قفيز بدرهم جاز البيع في قفيز واحد عند أبي حنيفة ، إلا أن يسمى جملة قفزانها .

الدين باع كل حق له في هذه القرية ولم يعلمها نصيبه لم يجز ، ولو علما جاز . ولو علم المشتري دون البائع جاز وبه قال الشافعي ومالك رضي الله عنهما ، وعلى عكسه لا يجوز عند أبي حنيفة ، وبه قال الشافعي . وقال مالك إن بينه البائع يجوز .

(وعن أبي حنيفة أنه لا يجوز في البيع أيضا) أي في بيع المساواة أيضا ، وهو رواية الحسن عنه . روى ذلك الفقيه أبو الليث في العيون ، ثم قال وهو قول أبي يوسف الأول ، ثم رجع فقال إذا كان الاناء مما لا يقع إذا حشى فيه فالبيع جائز مثل الطشت ونحو ذلك ، وأما الزنبيل والجوالق فلا يجوز لاحتمال الزيادة والنقصان (والأول) أراد به ما ذكره القدوري بقوله ويجوز بإناء بعينه لا يعرف مقداره (أصح) ودليله مذكور في المتن (وأظهر) أي بحسب الرواية والتعليل .

(قال) أي القدوري (ومن باع صبرة طعام كل قفيز بدرهم جاز البيع في قفيز واحد عند أبي حنيفة) الصبرة الطعام المجتمع كالكومة وجمعها صبر بضم الصاد وفتح الباء . وقال الجوهري الصبرة واحدة صبر الطعام ، ويقال اشتريت الشيء صبرة أو بلا وزن ولا بليل والقفيز مكيال ، وجمعه قفزان قاله في المغرب [1] ولم يبين قدره . وقال الجوهري القفيز ثمانية مكاكيك ولم يبين المكوك إلا في باب الكاف ، وقال المكوك مكيال وهو ثلاث كيلجات والكيلجة منان وسبعة أثمان من ، والمن رطلان والرطل اثنتا عشر أوقية ، والأوقية أستار وثلثا استار ، والأستار أربعة مثاقيل ونصف ، والمثقال درهم وثلاثة اسباع درهم ، والدرهم ستة دوانيق ، والدانق قيراطان والقيراط طسوحتان ، والطسوح حبتان ، والحبة سدس ثمن درهم وهو جزء من ثمانية وأربعين جزءاً من درهم ، والجمع مكاكيك ، انتهى كلام الجوهري (إلا أن يسمى جملة قفزانها) في بعض النسخ جمع

---

(١) قوله : وفي بعض كتب اللغة إن القفيز مكيال قدر اثني عشر صاعاً .

وقالا يجوز في الوجهين . له أنه تعذر الصرف إلى الكل لجهالة المبيع والثمن[1] فيصرف إلى الأقل وهو معلوم إلا أن تزول الجهالة بتسمية جميع القفزان أو بالكيل في المجلس ، وصار هذا كما لو أقر وقال لفلان على كل درهم فعليه درهم واحد بالإجماع.

قفزانهـــا فحينئذ يصح في الكيل وكذلك إذا كان الصبرة في المجلس صح البيع وثبت للمشتري الخيار .

(وقالا) أي أبو يوسف ومحمد (يجوز في الوجهين) وهو ما إذا ذكر جملة القفزان . وأما إذا لم يذكر وبه قال الشافعي ومالك وأحمد رضي الله عنهم .

(له) أي لأبي حنيفة (أنه تعذر الصرف إلى الكل لجهالة المبيع والثمن) لأن جملة القفزان غير معلوم ، فيكون ما بإزائها غير معلوم أيضاً . فإن قيل سلمنا جهالتها ولكن جهالة لا تفضى إلى المنازعة فينبغي أن لا يفسد البيع كما في الأعراض المشار اليها ، لأن كل قفيز بدرهم فبعد ذلك لا يتفاوت أن يكون الصبرة مائة أو أقل أو أكثر . قلنا قد يفضي إلى المنازعة ، لأن البائع يطالب المشتري بالثمن أولاً ، والثمن غير معلوم فيعجز عن تسليم الثمن ، وكذا البائع يعجز عن تسليم المبيع لعدم عرفانــه قدر المبيع فيتنازعان (فيصرف إلى الأقل) أي يصرف البيع إلى الأقل (وهو) أي الأقل (معلوم) أي معلوم القدر والثمن وجاز إفراده من الجملة لعدم الضرر لأحد صيانة لكلاميها عن الإلغاء بقدر الإمكان (إلا أن تزول الجهالة بتسمية جميع القفزان) بأن يقول بعتك هذه الصبرة بمائة درهم كل قفيز بدرهم فيصح حينئذ ويقع البيع على جميعهـــا (أو بالكيل) أي أو تزول الجهالة بكيل الصبرة (في المجلس) قيد به لأنه إذا كان بعد الإفتراق منه لا يصح ، لأن ساعات المجلس

---

(١) قوله : لجهالة المبيع والثمن جهالة قد تفضي إلى المنازعة ، لأن البائع يطالب من المشتري قبض والثمن غير معلوم ، وهذا لا يعرف ما لم يعرف قدر ما وجب عليه من الثمن وذلك إنما يكون عند عرفان قدر المبيع فيتنازعان .

ولهمـــا أن الجهالة بيدهما إزالتها[1] ومثلها غير مانع ، كما إذا باع عبداً من عبدين على أن المشتري بالخيار ،

جعلت كساعة واحدة ، فالعلم فيه كالعلم في حالة العقد ، أما لو افترقـا تقرر الفساد فلا ينقلب جائزاً .

فإن قيل يشكل بما إذا كان الفساد بأجل مجهول أو بشرط خيار أربعة أيام ، فإنـه ينقلب جائزاً برفع المفسد بعـد الإفتراق عن المجلس . قلنا الفساد ثمت لم يتمكن في صلب العقد فلا يتقيد رفع المفسد بالمجلس ، فإن أثر الفساد هناك لا يظهر في الحال بل يظهر عند دخول اليوم الرابع وامتداد الأجل اليه .

(ولهما) أي لأبي يوسف ومحمد (أن الجهالة بيدهما إزالتها) أي إزالة الجهالة بأن يكيلا الصبرة في المجلس فلا يفضي إلى المنازعة (ومثل ذلك غير مانع) أي مثل المذكور من الجهالة غير مانع عن صحة العقـــد . وفي بعض النسخ ومثلها غير مانع ، أي ومثل الجهالة الغير المفضية إلى المنازعة غير مـــانع ، ونظر لذلك بقوله (كما إذا باع[2] عبداً من عبدين على أن المشتري بالخيار) إن شاء أخذ هذا وإن شاء أخذ ذلك ، فـــإذا أخذ أيها شاء ارتفعت الجهالة فكذا هنا .

---

(١) قوله : بيدهما إزالتها فإنها ترتفع بكيل كل منهما ، فـــإن قدر المبيع كما يعلم بكيل البائع فكذلك يعلم بكيل المشتري ، فكان إزالة الجهالة بيدهما . وقيد بقولـــه بيدهما احترازاً عن البيع بالرقم ، فإنه لا يجوز لأن إزالتها إمـــا بيد البائع إن كان هو الراقم أو بيد الغير إن كان غيره على كل حال فالمشترى لا يقدر على إزالتـــه كذا في العنايـــة .

(٢) قوله : إذا باع ... الخ وأجيب لأبي حنيفة رحمـــه الله أن القياس فيه الفساد أيضاً ، إلا أنا جوزناه استحساناً بالنص ، ومعناه أنه في معنى ما ورد به النص على مـــا سيأتي ، فيكون ثابتاً بدلالـــة النص ، والاستحسان بالنص لا يتعدى إلى غيره فلهذا لم يجوزه أبو حنيفة رحمه الله فيما نحن فيه قياساً واستحساناً .

ثم إذا جاز في قفيز واحد عند أبي حنيفة فللمشترى الخيـــار لتفرق الصفقة عليه، وكذا إذا كيل في المجلس أو سمى جملة قفزانها لأنه علم بذلك الآن فله الخيار . كما إذا رآه ولم يكن رآه وقت البيـع . ومن باع قطيـع غنم كل شاة بدرهم فسد البيع في جميعها عند أبي حنيفة ،

(ثم إذا جاز في قفيز واحد عند أبي حنيفة فالخيار المشتري لتفرق الصفقة عليه[1]) أي على المشتري ولا خيار للبائع ، وإن تفرقت الصفقة عليه أيضاً ، لأن التفرق جاء منه وهو امتناعه عن تسمية جملة القفزان ، أو الكيل في المجلس فيكون راضياً به (وكذا إذا كيل في المجلس) أي وكذا الخيـار للمشتري إذا كيل المذكور من الصبرة في المجلس (أو سمى جملة قفزانها) بأن قال بعتك هذه الصبرة مائة كل قفيز بدرهم فللمشتري الخيار أيضاً (لأنه علم بذلك الآن فله الخيار) لأنه ربما كان في حدسه أو ظنه أن الصبرة تـأتي بمقدار ما يحتاج اليه فزادت ، وليس له في الثمن ما يقابله ، ولا يمكن أخذ الزوائد مجاناً وفي تركه تفريق الصفقة على البايع أو نقصت فيحتـاج أن يشتري في مكان آخر ، وهل يوافق أم لا ، فاذا كان كذلك فله الخيار لأنه يصير (كما إذا رآه ولم يكن رآه وقت البيـع) فيثبت له الخيار . وقال تاج الشريعة والجواب لأبي حنيفة من بيع عبد من عبدين أن القياس فيه الفساد فيه أيضاً إلا أنا جوزناه استحساناً بالنص .

(ومن باع قطيع غنم) أي طائفة منه ، وكذا من البقر . وفي المغرب القطيعة الطائفة (كل شاة بدرهم) يجوز في لفظ كل الرفع والنصب ، أما الرفع فعلى الإبتداء تقديره كل شاة سميت بدرهم ، وأما النصب فيحتمل أن يكون بـــدلاً من القطيـع بدل البعض عن الكيل (فسد البيـع في جميعها عند أبي حنيفة) وهذه المسألة ذكرها القدوري ولم يذكر

---

(١) قوله : لتفرق الصفقة عليه هذه المسئلة مجتهد فيها لا يعرف حكمها كل فقيـه فكيف العاصي ، فإذا لم يكن المشتري عالماً بأن القيد واقع على قفيز واحد قد علم الآن يثبت الخيار عند العلم .

وكذلك من باع ثوباً مذارعة كل ذراع بدرهم ولم يسم جملة الذرعان . وكذا كل معدود متفاوت وعندهما يجوز في الكل لما قلنا ، وعنده ينصرف إلى الواحد لما بينا ، غير أن بيع شاة من قطيع وذراع من ثوب لا يجوز للتفاوت وبيع قفيز من صبرة يجوز لعدم التفاوت، فلا تفضى الجهالة إلى المنازعة فيه وتفضى اليها في الأول فوضح الفرق .

فيها الخلاف والمصنف ذكره (وكذا من باع ثوباً مذارعة) أي بشرط الذرع ، كذا قاله الاترازي والكاكي ، ولكن هذا اللفظ من باب المفاعلة ، فالمعنى من باع ثوباً على أنه والمشترى يذارعانه مذارعة كل ذراع بدرهم ، ولم يسم جملة الذرعان بضم الذال جمع ذراع وكذا فسد البيع إذا باع (كل معدود متفاوت) أي متفاوت في القيمة كالبطيخ والرمان والسفرجل والخشب والأواني ، ولم يسم جملة العدد هذه **المسألة على** ثلاثة أوجه .

أحدها : أن يبين جملة الذرعان ، وقال بعده كل ذراع بدرهم ولم يبين جملة الثمن فهو جائز ، لأن المبيع معلوم وجملة الثمن معلومة لبيان الذرعان .

الثانية : أن يبين جملة الثمن لا المبيع ، وقال بعده كل ذراع بدرهم فهو أيضاً جائز ، لأنه لما بين جملة الثمن وسمي لكل ذراع درهماً صار جميع الذرعان معلوماً .

والثالثة : أن لا يبين جملة المبيع ولا جملة الثمن ، وقال بعده كل ذراع بدرهم فهي مسألة الكتاب ذكرها في النهاية أي عند أبي يوسف ومحمد .

(يجوز في الكل) وبه قال الشافعي ومالك وأحمد رحمهم الله (لما قلنا) وهو أن إزالة الجهالة بيدهما (وعنده) أي وعند أبي حنيفة (ينصرف إلى الواحد لما بينا) وهو قوله ينصرف إلى الأقل وهو معلوم (غير أن بيع شاة من قطيع وذراع من ثوب لا يجوز للتفاوت وبيع قفيز من صبرة يجوز لعدم التفاوت فلا تفضي الجهالة إلى المنازعة فيه وتفضى اليها) أي وتفضي الجهالة إلى المنازعة (في الأول) وهو بيع شاة من قطيع وذراع من ثوب (فوضح الفرق) أي ظهر وانكشف وهو أن الأقل هو الشاة الواحدة من قطيع والذراع من

قال ومن ابتاع صبرة طعام على أنها ماية قفيز بماية درهم فوجدها أقل كان المشتري بالخيار ، وإن شاء أخذ الموجود بحصته من الثمن وإن شاء فسخ البيع لتفرق الصفقة عليه قبل التمام ، فلم يتم رضاه بالموجود ، وإن وجدها أكثر فالزيادة للبائع لأن البيع وقع على مقدار معين ، والقدر ليس بوصف

ثوب لم يصرف إليه التفاوت والقفيز الواحد من صبرة يصرف إليه لعدم التفاوت ، وهو الفرق . القدوري .

قال أي القدوري (ومن ابتاع صبرة) أي من اشتراها (على انها ماية قفيز بماية درهم فوجدها أقل) أي من المائة وفي بعض النسخ أقل من ذلك (كان المشتري) بكسر الراء (بالخيار إن شاء أخذ الموجود بحصته من الثمن وإن شاء فسخ البيع لتفرق الصفقة عليه) أي على المشتري (فلم يتم رضاه بالموجود) وبه قال الشافعي ومالك وأحمد رضي الله عنهم (وإن وجدها أكثر) أي وإن وجد الصبرة أكثر من مائة قفيز (فالزيادة للبائع لأن البيع وقع على مقدار معين[1]) وهو مائة قفيز (والقدر ليس بوصف) أي القدر الزائد

---

(١) قوله : لأن البيع وقع على مقدار معين ، لكل ما وقع على مقدار معين لايتناول غيره ، إلا إذا كان وصفاً ، والقدر الزائد على المقدار المعين ليس بوصف ،فالبيع لايتناوله. واختلف المشايخ بين الفرق والأصل أي القدر فقيل أن ما يتعيب بالتبعيض والتنقيص ، فالزيادة والنقصان فيه وصف وما ليس كذلك فالزيادة والنقصان فيه أصل .وقيل الوصف ما لوجوده تأثير في تقوم غيره ، وبعدمه تأثير في نقصان غيره . والأصل ما ليس كذلك. وقيل ما يكون تابعاً لشيء غير منفصل عنه ، وإذا فصل فيه يزيده حسناً وكما لا فهو وصف ، وما ليس كذلك فهو أصل وزبدة الكل أن القلة والكثرة في المكيلات والموزونات أصل والزراع في المزروعات وصف ، ألا ترى أنه إذا انتقص قفيز من مائة قفيز لايتعيب الباقي ، بل يشتري بالثمن الذي كان بحصته مع القفيز الواحد والذراع الواحد من الثوب أو الدار إذا فات لا يشتري الباقي بالثمن الذي كان يشتري معه ، فإن الثوب العبائي إذا كان خمسة عشر ذراعاً ويشتري بخمسة دنانير فاذا انتقص خمسة أذرع فيه لا يشتري الباقي بعشرة دنانير .

ومن اشترى ثوباً على انه عشرة أذرع بعشرة أو أرضاً على أنهـــا مائةذراع بماية فوجدها أقل فالمشترى بالخيار إن شاء أخذها بجملة الثمن ، وإن شاء ترك لأن الذراع وصف في الثوب ،

على المقدار المعين ليس بوصف ، فالبيع لا يتناوله فكان للبائع .

واعلم ان المشايخ ذكروا في الفرق بين القدر وهو الأصل والوصف حددوا فقيل كل ما يتعيب بالتنقيص والتشقيص فهو وصف ، وما لا يتعيب بها فهو أصل . وقيل مـــا يكون وجوده جهة في تقوم نفسه وغيره وعدمه جهة في نقصان نفسه ، وغيره فهو وصف وما لا يكون بهذه المثابة فهو أصل فيخرج على هذا المكيلات والموزونات والمزروعات ، فان المكيل لا يتعيب بالتنقيص والمزروع يتعيب ، والطول والعرض يزيد في قيمة نفسه وغيره ، بخلاف المكيل والموزون ، فـــان صبرة الأقفزة إذا انتقص منها قفيز يشتري الباقي بالثمن الذي يخصه مع القفيز والذراع الواحد إذا فات لا يشتري الباقي بالثمن الذي كان يشتري معه .

وقال الكاكي وثمرة كون الذرع وصفاً والقدر أصلاً يظهر في مواضع منها مـــا ذكر في الكتاب وهو أنه إذا وجده زائداً فهو للبائع ، ومنها انه لا يجوز للمشترى التصرف في المبيع قبل الكيل والوزن إذا اشتراه بشرط الكيل . وفي المذروع يجوز لـــه التصرف قبل الذرع سواه ، اشتراها مجازفة أو على أنه عشرة أذرع ، لأنه لما كان وصفا لا يكره اختلاط البيع بغيره ، فيجوز التصرف له قبل الذرع ، لأن الكل له سواء نقص أو زاد، بخلاف المكيل والموزون لأن الزائد أصل لا تبع ، فيلزم الإختلاف ، فلا يجوز التصرف قبل الكيل أو الوزن ومنها أن بيع الواحد للاثنين لا يجوز في المكيلات والموزونات . وفي المذروعات يجوز لأن الزيادة لما كانت أصلا وكانت شيئا يعتد به فلا يجوز بدون المساواة في الأموال الربوية ، بخلاف المذروع فلم يعتبر زيادة مانمة لكونه تبعا .

(ومن اشترى ثوبا على أنه عشرة أذرع بعشرة أو أرضا) أى أو اشترى أرضا (على أنها مائة ذراع بماية فوجدهـــا أقل ، فالمشترى بالخيار إن شاء أخذها بجملة الثمن ، وإن شاء ترك ، لأن الذراع وصف في الثوب) لما بينا من ظهور أمارة الوصفية ، والتبعية فيه

ألا ترى أنه عبارة عن الطول والعرض والوصف لا يقابله شيء من الثمن كأطراف الحيوان ، فلهـــذا يأخذه بكل الثمن ، بخلاف الفصل الأول ،

دون غيره من زيادة القوة بزيادته ونقصانها بنقصانه ولعدم تمكن أفراده من الجملة ، حتى لو باع ذراعا من ثوب لم يجز ، لأن المقصود من الثوب هو التزين واللبس لا يحصل بذراع بخلاف القفيز من الصبرة (ألا ترى أنه عبارة عن الطول والعرض) هذا توضيح لكونه بمنزلة الوصف .

فان قيل الاستدلال بهذا على أن الذرع وصف غير مستقيم ، فان الطول والعرض كما هو وصف فكذلك القلة والكثرة من حيث الكيل والوزن أيضا ، وصف يقـــال شيء قليل وكثير ، فلم يكن القفيز الزائد هناك وصفــا . قلنا بل أن القلة والكثرة من حيث الكيل والوزن كان أصلاً ومن حيث الذرع ، كان وصفا لدخولها تحت الحدود التي ذكرنا في التفرقة بين الأصل والوصف ، فانه زيادة شبر واحد مثلا على العشرة يوجب زيادة قيمة العشرة ، مع أن وصف القلة والكثرة حصل بـــه ، لأن الكثرة بكثرة الدخول بخلاف الذرع ، فان زيادته توجب زيادة قيمته لم يكن لها بدون ذلك الذرع ، وهذا متعارف بين التجار فكان الذرع وصفا .

(والوصف لا يقابله شيء من الثمن) إلا إذا كان مقصوداً بالتناول حقيقة ، كما في إذا قطع البائع يد العبد المبيع قبل القبض يسقط نصف الثمن أو حكما لحق البائع ، كما إذا حدث عيب آخر عند المشترى أو لحق الشارع ، كما إذا خاط المشترى الثوب المبيع ثم اطلع على عيب يكون للوصف قسط من الثمن (كأطراف الحيوان) يعني إذا اشترى جارية فاعورت عند البايع لا ينتقص شيء من الثمن . وكذا المشترى باعهـا مرابحة إذا أعورت بعدما قبضها بدون البيان ، وسيجيء ذلك في باب المرابحة إن شاء الله تعالى .

(ولهذا) إيضاح لقوله والوصف لا يقابله شيء من الثمن (يأخذه بكل الثمن) أى يأخذ ذاك الثوب الذى اشتراه على أنه عشرة أذرع فوجده أقل ، فانه يأخذه بجملة الثمن إن شاء كما مر الآن (بخلاف الفصل الأول) وهو فصل الكيل فإنه يأخـــذ الموجود

لأن المقدار يقابله الثمن ، فلهذا يأخذه بحصته إلا أنه يتخير لفوات الوصف المذكور لتغير المعقود عليه فيختل الرضا وإن وجدها أكثر من الذراع الذي سماه فهو للمشتري ، ولا خيار للبائع لانه صفـــة فصار بمنزلة ما إذا باعــــه معيباً فإذا هو سليم . ولو قال بعتكها على أنهـــا مائـة ذراع بمائة درهم فوجدها ناقصـــة فالمشتري بالخيار إن شاء أخذها بحصتهـــا من الثمن ، وإن شاء ترك ، لأن الوصف وإن كان تابعاً لكنه صار أصلا بافراده بذكر الثمن فنزل كل ذراع بمنزلة ثوب ،

بحصته من الثمن (لأن المقدار يقابله الثمن) لأنه ليس بوصف (ولهذا) أى ولكون المقدار لا يقابله شيء من الثمن (يأخذه بحصته) من الثمن (إلا انه يتخير) استثناء من قوله ، أى إلا أن المشترى خير بين الأخذ والفسخ (لفوات الوصف المرغوب فيــه) وفي نسخة شيخنا لفوات الوصف المذكور ، ثم كتب تحته أى المذكور في هـــذه المسألة في الفصل الأول (لتغير المعقود عليه فيختل الرضا) أى رضى المشترى .

(وإن وجدها أكثر من الذراع الذى سماه فهو للمشترى ، ولا خيار للبائع لأنه صفة) ، أى لأن الذرع صفة ، والوصف لا يقابله شيء من الثمن فكان نظير هذا (كما إذا باعه معيباً) بأن باع عبداً على أنه أعمى (فإذا هو سليم) أى فإذا العبد وجـــد سليماً أى بصيراً ، حيث لا خيار فيه (ولو قال بعتكها) يعني الثياب والمذروعات كذا في النهاية . وقال الأكمل فيه نظر ، لأن المبيع إذا كان ثياباً لم تكن هذه المسألة ، والأولى أن يقال بعني الأرض . وقال الأترازي أى بعت الأرض والثياب (على أنهـا مائة ذراع بمائة درهم كل ذراع بدرهم فوجدها ناقصة فالمشتري بالخيار إن شاء أخذها بحصتهـــا من الثمن ، وإن شاء ترك لأن الوصف وإن كان تابعـــاً لكنه صار أصلا بأفراده بذكر الثمن ، فنزل كل ذراع منزلة ثوب) وهذا معنى قولهم أن الوصف يقابله شيء من الثمن ،

وهذا لأنه لو أخذه بكل الثمن لم يكن آخذاً لكل ذراع بدرهم وإن وجدها زائدة فهو بالخيار إن شاء أخذ الجميع كل ذراع بدرهم، وإن شاء فسخ البيع لأنه إن حصل له الزيادة في الذرع تلزمه زيادة الثمن، فكان نفعاً يشوبه ضرر فيتخير،

إذا كان مقصوداً بالتناول.

فإن قيل لو صار كل ذراع بمنزلة ثوب ينبغي أن يفسد البيع إذا وجدها زائدة كما لو قال بعتك هذه الرزمة على أنها خمسون ثوباً كل ثوب بعشرين درهم، فوجدها زائدة فالبيع فاسد، وكذا لو اشترى عدلاً على أنه كذا ثوباً ذكر ثمناً أن المشترى بالخيار. قلنا الفرق بينهما ما بينا أن في الذرع جهة الوصفية والأصلية، فمن حيث أنه أصل لا نسلم له الزياده بغير عوض ومن حيث أنه وصف يكون بعض الذرعان تابعاً للبعض، فلا يفسد، وأما بعض الثياب لا يكون تبعاً للبعض فيبقى المبيع مجهولاً بجهالة تفضي إلى المنازعة، لأن الثياب مختلفة كذا في جامع قاضي خان.

فإن قيل لو كان أصلاً على تقدير الأفراد بذكر الثمن يجب أن يمتنع دخول الزيادة في العقد كما في الصبرة، وقد جوز أخذ الجميع بحكم البيع في هذه المسألة. قلنا الفرق بينهما هو أن الزيادة لو لم تدخل في العقد يفسد العقد، لأنه يصير بعض ما مر الثوب وأنه لا يجوز بخلاف الصبرة، لانها لو لم تدخل لا يفسد العقد، كذا في الفوائد الظهيرية.

(وهذا) أي أخذها بحصتها من الثمن إنما هو (لأنه لو أخذه بكل الثمن لم يكن) أي المشتري (أخذ كل ذراع بدرهم) وهو لم يبع إلا بشرط أن يكون كل ذراع بدرهم، لأن كلمة على تأتي بمعنى الشرط (وإن وجدها زائدة) عطف على قوله فوجدها ناقصة (فهو بالخيار إن شاء أخذ الجميع كل ذراع بدرهم، وإن شاء فسخ البيع، لأنه إن حصل له الزيادة في الذرع يلزمه زيادة الثمن فكان نفعاً يشوبه ضرر) لأن الزيادة نفع، ولزوم الثمن بإزائها ضرر، فإذا كان كذلك (فيتخير) بين أخذ الجميع كل ذراع بدرهم وبين

وإنما يلزمه الزيادة لما بينا أنه صار أصلاً ، ولو أخذه بالأقل لم يكن آخذاً بالمشروط . ومن اشترى عشرة أذرع من مائة ذراع من دار أو حمام فالبيع فاسد عند أبي حنيفة ، وقالا هو جائز ، وإن اشترى عشرة أسهم من مائة سهم جاز في قولهم جميعاً . لهما أن عشرة أذرع من مائة ذراع عشر الدار فاشبه عشرة أسهم . وله أن الذراع اسم لما يذرع به واستعير لما يحله الذرع ، وهو المعين دون المشاع ، وذلك غير معلوم بخلاف السهم .

الفسخ (وإنما يلزمه الزيادة) أي زيادة الثمن (لما بينا أنه صار أصلا) مشروطاً (ولو أخذه بالأقل لم يكن آخذاً بالمشروط) وهو أن يكون كل ذراع بدرهم .

(ومن اشترى عشرة أذرع من مائة ذراع من دار أو حمام فالبيع فاسد عند أبي حنيفة رضي الله عنه . وقالا هو جائز) وبه قال الشافعي رضي الله عنه ويعني بقوله وقالا هو جائز إذا كانت الدار كلها مائة ذراع ، هكذا ذكر الصدر الشهيد والإمام الزاهد العتابي في شرحيهما للجامع الصغير . ولو كانت أقل من مائة لا يجوز بالإجماع .

(وإذا اشترى عشرة أسهم من مائة سهم جاز في قولهم جميعاً لهما) أي لأبي يوسف ومحمد (أن عشرة أذرع من مائة ذراع عشر الداو فأشبه عشرة أسهم) أي في كونها عشراً فتخصيص الجواز بأحدهما تحكم (وله) أي ولأبي حنيفة (أن الذراع اسم لما يذرع به) في الحقيقة وإرادة الحقيقة هنا متعذرة فيكون المراد ما يحله الذراع وتجاوزه مجازاً باطلاق اسم الحال على المحل ، وهو معنى قوله (واستعير لما يحله الذراع) يعني استعير للموضع الذي يحل ذلك الخشب فيه لأن المبيع المحل لا الخشب (فهو المعين) أى مايحله الذراع هو المعين ، فكان المسمى في العقد جزءاً معيناً (دون المشاع) يعني المشاع ليس كذلك (وذلك غير معلوم) أي ما يحله الذراع غير معلوم موضعه لا يدري من أي جانب هو ، فيبطل العقد (بخلاف السهم) فانه أمر عقلي لا يقتضى محلاً حسياً ، فيجوز أن يكون في الشايع فالجهالة لا تفضى إلى المنازعة .

ولا فرق عند أبي حنيفة بين ما إذا علم جملة الذرعان أو لم يعلم هو الصحيح، خلافاً لمـــا يقوله الخصاف لبقاء الجهالة . ولو اشترى عدلاً على أنه عشرة أثواب فإذا هو تسعة أو أحد عشر فسد البيــع ، لجهالة المبيــع أو الثمن .

(ولا فرق عند أبي حنيفة بين ما إذا علم جملة الذرعان أو لم يعلم هو الصحيح) يعني لا فرق بين ما إذا علم جملة الذرعان ، كما إذا قال عشرة أذرع من هذه الدار من غير ذكر ذرعان جميع الدار ، وهو الصحيح لبقاء الجهالة المانعة من الجواز (خلافاً لما يقوله الخصاف) وهو أبو بكر أحمد بن عمرو من كبار العلماء المتقدمين ، وله تصانيف كثيرة ، وكان معاصراً مع الشيخ أبي جعفر أحمد بن أبي عمران رحمه الله استاذ أبي جعفر الطحاوي رحمهم الله تعالى . والخصاف يقول إن الفساد إنما هو عند جهالة جملة الذرعان ، وأما إذا عرفت مساحتها فانه يجوز جعل هذه المسألة نظير ما لو باع كل شاة من القطيع بدرهم إذا كان جملة الشياه معلوماً ، فانه يجوز عنده (لبقاء الجهالة) دليل قوله ولا فرق عند أبي حنيفة رضي الله عنه ، يعني أن جملة ذرعان الدار وإن عرفت لا يعلم موضع عشرة أذرع من مائة ذراع منها فبقيت الجهالة .

(ولو اشترى عدلاً) عدل الشيء بكسر العين مثله من جنسه في مقداره ومنه عــدل الحمل . وقال الاترازي العدل العلم إذا عدل بمثله (على أنه عشرة أثواب فاذا هو تسعة) أي فظهرت أنها تسعة أثواب (أو أحد عشر) أي أو ظهر أنـــه أحد عشر ثوباً (فسد البيــع) أما إذا زاد فهو (لجهالة المبيــع) لأن الزائد لم يدخل تحت العقد ، فيجب رده ، والأثواب مختلفة وكان البيع مجهولاً جهالة تفضي إلى المنازعة وأمــا إذا نقص فلوجوب حصة الناقص عن ذمة المشترى وهي مجهولة ، لأنه لا يدري أنه كان جيداً أو وسطاً أو رديئاً ، وحينئذ لا يدري قيمته بيقين ، حتى يسقط . فكانت جهالتها توجب جهالـــة الباقي من الثمن فلا يشك في فساده ، وإلى هــذا أشار بقوله (أو الثمن) أي فسد البيع لجهالة الثمن في صورة النقصان .

ولو بين لكل ثوب ثمناً جاز في فصل النقصان بقدره وله الخيار، ولم يجز في الزيادة لجهالة العشرة المبيعة. وقيل عند أبي حنيفة لا يجوز في فصل النقصان أيضاً، وليس بصحيح، بخلاف ما إذا اشترى ثوبين على أنهما هرويان فاذا أحدهما مروي وحيث لا يجوز فيهما، وإن بين ثمن كل واحد منهما لأنه جعل القبول في المروى شرطاً للعقد في الهروي، وهو شرط فاسد

(ولو بين لكل ثوب ثمناً) بان يقول كل ثوب بدرهم (جاز في فصل النقصان بقدره وله الخيار) أي للمشتري الخيار إذا بين لكل ثوب إن شاء أخذ بحصته من الثمن، وإن شاء ترك (ولم يجز في الزيادة لجهالة العشرة المبيعة) لأن العقد يتناول العشرة فعليه رد الثوب الزائد وهو مجهول وبجهالته يصير المبيع مجهولاً .

(وقيل عند أبي حنيفة لا يجوز في فصل النقصان أيضاً) أي قال البعض من مشايخنا أن البيع فاسد عند أبي حنيفة في فصل النقصان أيضاً ، لأنه جمع بين المعدوم والموجود في خفته فكان قبول البيع في المعدوم شرطاً لقبوله في الموجود فيفسد العقد كما إذا جمع بين حر وعبد في صفقة ، وسمي لكل واحد ثمناً ، فانه لا يجوز البيع عنده في القن ، خلافا لهما كذلك هنا . وكما لو اشترى هرويين فاذا أحدهما مروي فان العقد فاسد عنده قال المصنف (وليس بصحيح) أي عدم الجواز في فصل النقصان غير صحيح . وقال الاترازي أي ما قيل إن عند أبي حنيفة لا يجوز البيع في فصل النقصان ليس بصحيح ، لأن ثمن كل ثوب معلوم قطعا ، فاذا نقصت يكون باقي الثمن معلوما لا محالة .

(بخلاف ما إذا اشترى ثوبين) هذا جواب عما استدل به بعض المشايخ فيما قالوا بمسألة من اشترى ثوبين هرويين فاذا أحدهما مروي على ما ذكرنا فقاله المصنف هذا الذي نحن فيه لا يشبه هذه المسألة ، وبين ذلك بقوله بخلاف ما إذا اشترى ثوبين (على أنهما هرويان فاذا أحدهما مروي حيث لا يجوز فيهما ، وإن بين كل واحد منهما ، لأنه جعل القبول في المروي شرطا لجواز العقد في الهروى وهو شرط فاسد) لأن المروى غير مذكور

ولا قبول يشترط في المعدوم فافترقا . ولو اشترى ثوباً واحداً على أنه عشرة أذرع كل ذراع بدرهم فاذا هو عشرة ونصف أو تسعة ونصف . قال أبو حنيفة في الوجه الأول يأخذه

في العقد ، فشرط قبوله مما لا يقتضيه العقد ، فكان فاسداً بيانه انه شرط لقبول المبيع قبول ما ليس بمبيع ، وإنه مفسد للبيع لكونه مخالفا لمقتضى العقد ، وهذا لا يوجد ها هنا ، فانه ما شرط قبول العقد في المعدوم وهو معنى قوله (ولا قبول يشترط في المعدوم) ولا قصداً يراد العقد على المعدوم لعدم تصور ذلك فيه ، وإنما قصداً يراده على الموجود فقط ، ولكنه غلط في العدد .

وهروي بفتح الراء ومروى بسكونها . قال الكاكي منسوب إلى هراة ومرو هما قريتان بخراسان وتبعه الأكمل على ذلك . قلت هذا عجيب منهما ، فان هراة مدينة عظيمة مشهورة بخراسان ، قاله في المشترك . ومرو مدينة قديمة يقال انها من بناء طحمورث وقال في المشترك ايضا مدينة عظيمة بينها وبين كل واحد من نيسابور وهراة وبلخ وبخارى اثني عشر يوما .

(فافترقا) أي شرار العدل على انه عشرة أثواب بمائة كل ثوب بعشرة فاذا هو تسعة ، وشراء الثوبين على أنهما هرويان فاذا احدهما مروي افترقا ، حيث جاز البيع في الأول دون الثاني . وقال الكاكي حاصل الفرق بينهما هو أن الشيئين الموصوفين بوصف اذا دخلا في عقد واحد كان قبول كل واحد منهما شرطا لصحة العقد في الآخر بذلك الوصف ، فإذا انعدم ذلك الوصف كان فاسداً بالنظر إلى انعدام ذلك الوصف . وأما إذا كان أحدهما معدوماً بذاته ووصفه لم يكن هذا داخلا في نفس العقد حتى يكون قبوله شرطاً لصحة العقد في الآخر .

(ولو اشترى ثوباً واحداً على أنه عشرة أذرع كل ذراع بدرهم فإذا هو عشرة ونصف أو تسعة ونصف قال أبو حنيفة رضي الله عنه يأخذه في وجه الأول) أي يأخذ الثوب في

بعشرة من غير خيار ، وفي الوجه الثاني يأخذه بتسعة إن شاء .
وقال أبو يوسف رحمة الله عليه في الوجه الأول يأخذه بأحد عشر إن شاء وفي الثاني يأخذه بعشرة إن شاء. وقال محمد رحمه الله في الأول يأخذه بعشرة ونصف إن شاء وفي الثاني بتسعة ونصف ويخير لأن من ضرورة مقابلة الذراع بالدرهم مقابلة نصفه بنصفه فيجري عليه حكمها ولأبي يوسف أنه لما أفرد كل ذراع ببدل نزل كل ذراع منزلة ثوب على حدة وقد انتقص. ولأبي حنيفة رحمه الله أن الذراع وصف في الأصل وإنما أخذ حكم المقدار بالشرط وهو

الأول ، وهو فيما ظهر عشرة ونصف (بعشرة) ويسلم له النصف مجاناً (من غير خيار) متعلق بقوله يأخذه .

(وفي وجه الثاني) وهو فيما إذا ظهر أنه تسعة ونصف (يأخذه بتسعة إن شاء) يعني له الخيار (وقال أبو يوسف في الوجه الأول يأخذه بأحد عشر إن شاء) يعني له الخيار (وفي الوجه الثاني يأخذه بعشرة إن شاء) يعني له الخيار .

(وقال محمد في الأول يأخذه بعشرة ونصف إن شاء ، وفي الثاني بتسعة ونصف ويخير) يعني له الخيار في الوجهين (لأن من ضرورة مقابلة الذراع بالدرهم مقابلة نصفه بنصفه فيجزىء عليه حكمها) من التجزية وفي بعض النسخ فيجرى عليه ، أي على النصف حكم المقابلة ويخير كما لو باع عشرة بعشرة فنقص ذراع .

(ولأبي يوسف أنه لما أفرد كل ذراع ببدل نزل كل ذراع بمنزلة ثوب على حدة وقد انتقص) والثوب إذا بيع على انه كذا ذراعاً فنقص ذراع لا يسقط شيء من الثمن ، ولكن يثبت له الخيار .

(ولأبي حنيفة أن الذراع وصف في الأصل) لا يقابله شيء من الثمن (إنما أخذ حكم المقدار) وهو الكيل والوزن (بالشرط) بأن قال كل ذراع بدرهم (وهو) أي الشرط

مقيد بالذراع فعند عدمه عاد الحكم إلى الأصل وقيل في الكرباس الذي لا يتفاوت جوانبه لا يطيب للمشتري ما زاد على المشروط ، لأنه بمنزلة الموزون حيث لا يضره الفصل ، وعلى هذا قالوا يجوز بيع ذراع منـــه .

(مقيد بالذراع فعند عدمه) أي عدم الشرط ، وهو ما إذا كان أقل من الذراع (عـاد الحكم إلى الأصل) وهو الوصف وصارت العشرة والنصف بمنزلـــة العشرة الجيدة ، والتسعة والنصف بمنزلة التسعة الجيدة ، كذا ذكره فخر الإسلام .

(وقيل في الكرباس) أشار بهذا إلى أن هذه الأقوال الثلاثة في الثوب الذي يتفـاوت كالقميص والسراويل والعمائم والأقبية ، أمـــا في الثوب (الذي لا تتفاوت جوانبه) كالكرباس الذي لا تتفاوت جوانبه (لا يطيب للمشتري ما زاد على المشروط لأنـه) أي لأن الكرباس (بمنزلة الموزون حيث لا يضره الفصل) بالصاد المهملة ، أي المقطع وإن كان متصلا بعضه ببعض لكن ليس في الفصل ضرر كالموزون ، فلا يتمكن فيـــه الضرب لسبب بمنزلـــة البعض عن البعض ، فيصير كل ذراع أصلا كالقفيز والكرباس بكسر الكاف فارسي معرب ، والجمع الكرابيس (وعلى هـــذا قالوا) أي المشايخ (يجوز بيع ذراع منه) وإن لم يعين موضعه كما في الحنطة إذا باع قفيزاً منهـــا حيث يجوز ، كذا في الذخيرة . وعند الشافعي رضي الله عنه لو قال بعت قفيزاً من هذه الحنطة يجوز لقولنـا وعن انفال من أصحابه إذا لم يعلما مبلغ قفيزان بصبرة لا يصح ، وقد خالف نص الشافعي كذا في الحلية .

★ ★ ★

فصـــل

ومن باع داراً دخل بناؤها في البيع ، وإن لم يسمه لأن اسم الدار يتناول العرصة والبناء في العرف ، ولا تنفصل اتصال قرار فيكون تبعاً له . ومن باع أرضاً دخل مـــا فيها من النخل والشجر وإن لم يسمه ، لأنه متصل به للقرار لشبه البناء ، ولا يدخل الزرع في بيـع الأرض إلا بالتسمية ، لأنه متصل به للفصل فشابه المتاع الذي فيه

(فصل)

أي هذا فصل في بيان ما يدخل تحت البيع من غير ذكره وما لا يدخل ومـــا يلحقهما (ومن باع داراً دخل بناؤها في البيع وإن لم يسمه ، لأن اسم الدار يتناول العرصة) كل بقعة ليس فيها بناء فهي عرصة (والبناء في العرف) قيد به لأنه بحسب اللغة لا يتناول البناء ، وقد ورد في الإيمان أن البناء في مسألة اليمين حتى لو دخل العرصة بعد انهدام البناء يحنث ، ولكن المطلق من الألفاظ يتصرف إلى المتفـــاهم في العرف ، ولا يفهم في العرف من بيع الدار بيع عرصتها لأبنائها بل بيعها جميعاً .

(ولأنه متصل به) أي ولأن البناء متصل بالعرصة ذكر الضمير باعتبـــار المكان (اتصال قرار فيكون تبعاً له) أي للعرصة باعتبار المكان أيضاً وفي نسخة شيخي تابعاً لها ، وكذلك قوله متصلا بها على الأصل ، فلا يحتاج إلى التأويل ويـــدخل السلم المتصل والغلق المركب والحجر الأسفل من الرحى ، وبـــه قال الشافعي ومالك وأحمد رضي الله عنهم . وكذلك يدخل الحجر الأعلى عندنا وبـــه قال الشافعي رحمه الله في الأظهر ، ولا يدخل القفل ومفتاحه والباب الموضوع بالاتفاق .

(ومن باع أرضاً دخل ما فيهـــا من النخل والشجر في البيـــع وإن لم يسمه ، لأن) أي لأن الشجر (متصل به) أي بالأرض على تأويل المكان (للقرار فأشبه البناء) فيكون تبعاً له (ولا يدخل الزرع في بيع الأرض إلا بالتسمية لأنه) أي لأن الزرع (متصل به) أي بالأرض (للفصل) يعني ليس اتصاله للتأبيد ولرفعه غاية معلومة (فشابه المتاع الذي فيه)

أي في الأرض فلم يدخل في المبيع إلا بالشرط ، ونوقض بالحمل ، فانـــه متصل باللام للفصل ويدخل في بيـع الأم . والجواب أنــه غير وارد على التفسير المذكور ، فإن البشر ليس في وسعه فصل الحمل عن الأم .

وفي الخلاصة والقطن فاختلف المشايخ رحمهم الله فيه والصحيح انه لا يدخل ، وأمـا الكتان إن كان ظاهراً فلا يدخل ، وإن كان معيباً فالصحيح أنه يدخل ، ثم قال أمـــا الأشجار إن كانت بحال تقطع في كل ثلاث سنين ، وإن كانت تقلع من الأصل يـدخل تحت البيع وهو الشجر الصغير الذي لا يبـاع في السوق في الربيع ، وإن كانت تقطع من وجه الأرض فالصحيح إنها تدخل تحت البيـع ، أيضاً من ذكر مثمرة كانت أو غير مثمرة صغيرة أو كبيرة للحطب أو لغيره ، وفيه اختلاف المشايخ ، واختار الولوالجي في فتاواه أنها لا تدخل لأنها بمنزلة الثمر . وفي الفتاوى الصغرى قال مشايخنا إن كان شجراً يغرس للقطع لا للبقاء كشجر الحطب وغيره لا تدخل لأنها بمنزلة الذرع . وفي الخلاصة وشجرة الخلاف والمغرب للمشتري ، وكذا كل ما كان له ساق ولا يقطع أصله حتى كان شجر أو أصل الآس والزعفران للبائع والقصب في الأرض كالثمرة والرطبة التي يقال لهـــا سبيت كالثمر . وأما عروقها فتدخل في المبيع وقوام الخلاف يدخل في البيع وقوام الباذنجان كذلك ، ذكره الإمام السرخسي والإمام الفضلي جعل قوائم الخلاف كالتمر بلغ أوان القطع ولا قال وبه يفتى . قال الولوالجي في فتاواه رجل اشترى كرماً فيه ورق التوت والورد ، ولا يدخل ذلك في البيع ، لأنه بمنزلة التمر . وفي المجتبى يدخل في بيع الدار المخرج والمربط والمطبخ والبئر وبكرتها دون الحبل والدلو ، إلا إذا قال مرافقها فيدخلان .

وقال الشافعي رضي الله عنه ولا يدخل الشرب والطريق في بيع الأرض والدار إلا بذكر الحقوق ونحوها ، وكذا في الإقرار والصلح والوصية وغيرها ويدخلان في الإجارة والقسمة والرهن والوقف وفي جمع البخاري رحمه الله أراد بالطريق الذي لا يدخل في بيع الدار بلا ذكر الطريق الخاص في ملك إنسان ، أمـا الطريق إلى الطريق الأعظم أو إلى سكة غيرها فهذا يدخل بلا ذكر ، وكذا حق لسيل الماء وحق القاء الشلخ في ملك خاص

ومن باع نخلا أوشجراً فيه ثمر فثمرته للبائع، إلا أن يشترط المبتاع لقوله عليه الصلاة والسلام من اشترى أرضاً فيها نخل فثمره للبائع، إلا أن يشترط المبتاع، ولأن الإتصال وان كان خلقة فهو للقطع لا للبقاء فصار كالزرع، ويقال للبائع اقطعها وسلم المبيع، وكذا اذا كان فيها زرع لأن ملك المشتري مشغول بملك البائع، فكان عليه

لا يدحل بلا ذكر الحقوق والمرافق ، وبه قال الشافعي رضي الله عنه . وفي فتاوى قاضي خان والبستان الذي في الدار يدخل . وقيل إن كان من الدار يدخل وإلا فلا وفي جمع البخاري باع داراً لفنائها لم يصح كما إذا جمع بين حر وعبد في بيع الحانوت يدخل الواحة، وإن لم يقل بمنافعه . وفي جمع البخاري كدور القصارين والصباغين واجـاحين[1] الغسالين وخوابي الزياتين ودناتهم ، وجذع القصار الذي يدق عليه المثبت في الأرض لا يدخل ، وإن قال بحقوقها .

(ومن باع نخلاً أو شجراً فيه ثمر فثمرته للبائع ، إلا أن يشترط المبتاع) أي المشتري (لقوله عليه السلام) أي لقول النبي ﷺ (من اشترى أرضاً فيها نخل فالثمرة للبائع ، إلا أن يشترط المبتاع) هذا الحديث غريب بهذا اللفظ . واخرج الائمة الستة في كتبهم عن سالم ابن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما عن أبيه عن النبي ﷺ أنه قال من باع عبداً له سال فماله للبائع إلا أن يشترط المبتاع . ومن باع نخلا مؤبراً فالثمرة للبائع إلا أن يشترط المبتاع .

(ولان الإتصال) أي اتصال الثمر بالشجر (وإن كان خلقة فهو للقطع لا للبقاء فصار كالزرع) حيث لا يدخل في بيع الارض (ويقال للبائع) يعني إذا لم تدخل الثمرة تحت بيع النخل والشجر يقال للبائع (اقطعها) أي قطع الثمرة (وسلم المبيع) للمشتري (وكذا) أي وكذا الحكم (إذا كان فيها) أي في الارض (زرع) يؤمر البائع بحصاد الزرع وتسليم الارض للمشتري (لان ملك المشتري مشغول بملك البائع فكان عليه)

---

(١) هكذا الكلمة في الاصل .

تفريغه وتسليمه ، كما إذا كان فيه متـــاع . وقال الشافعي يترك حتى يظهر صلاح الثمر ويستحصد الزرع ، لأن الواجب إنما هو التسليم المعتاد. وفي العـــادة أن لا يقطع كذلك ، وصار كما إذا انقضت مدة الإجارة وفي الأرض من زرع قلنا هناك التسليم واجباً حتى يترك بأجر ، وتسليم العوض كتسليم المعوض.

أي على البائع (تفريغه) أي تفريغ ملك المشتري (وتسليمه) إلى البائع (كما إذا كان فيه) أي في ملك المشتري (متاع) بأنه باع أرضاً فيها متاعه أو حملا عليه رحله يجب التفريغ والتسليم .

(وقال الشافعي رضي الله عنـــه يترك) أي على الشجر (حتى يظهر صلاح الثمر ويستحصد الزرع) يقال استحصد الزرع ، جاز لــــه أن يحصد أي أن يقطع بالمنجل ، وبقوله قال مالك وأحمد هذا إذا أطلق البيع ولم يشترط القطع في الحال ، وفي وجيزهم قال الشافعي رضي الله عنه ليس لمشترى الأشجار أن يكلف البائع بقطع الثمار بل الإبقاء إلى أوان القطاف للعرف (لأن الواجب إنما هو التسليم المعتـــاد وفي العادة أن لا يقطع كذلك) أي أن لا تقطع الثمر قبل ظهور صلاحها (وصار) أي صار حكم هذا (كما إذا انقضت مدة الإجارة ، وفي الأرض زرع) حيث يؤخر إلى الحصاد .

(قلنا هناك) أي في الزرع (التسليم واجب حق يترك بأجر وتسليم العوض) وهو الأجر (كتسليم المعوض) وهو الأرض .

فـــإن قيل ينبغي أن يجوز أن يستأجر البائع الأرض والشجر من المشتري إلى وقت الإدراك فيكون تسليم الأجرة تسليم الأرض والشجر دفعاً للضرر عنه . قلنا كان القياس في الإجارة والمبيع القطع والتسليم إلا أن في صورة البيع وجد من البـــائع دلالة الرضاء بقطع الثمر والزرع قبل الإدراك ، وهو إقدامه على بيع الأرض والشجر مع علمــه أن المشتري يطالبه بتفريغ ملكه عن ملك البائع وتسليمه إليه فارغاً عن حق الغير ، فلما وجد منه دلالة الرضا بذلك لم يجب رعاية جانبه بتبقية الأرض والشجر على حكم ملكه بالإجارة ، بخلاف

ولا فرق بين ما إذا كان الثمر بحـــال له قيمه أو لم يكن في الصحيح ويكون في الحالين للبائع ، لأن بيعه يجوز في أصح الروايتين على ما نبين ، فلا يدخل في بيع الشجر من غير ذكر ، وأمـــا إذا بيعت الأرض وقد بذر فيها صاحبها ولم ينبت بعد لم يدخل فيه ، لأنه مودع

المستأجر فإنه لم يوجد منه بعد انقضاء مدة الاجارة فعل ما يدل على الرضاء بقطع الثمر والزرع ، فوجب رعاية جانبه بتبقية الأرض على حكم ملكه بالإجازة ، وأما العادة فغير مسلم ، ولئن سلمنـــا كان المشترك لأنهم كما يتركون حتى يستحصد الزرع يبيعون بشرط القطع كذا في تعليقات البرغري .

(ولا فرق) قال الكاكي كأنه رد لقول الشافعي رضي الله عنه فإن عنده غير المؤبرة للمشتري وقال الاترازي ولا فرق إلى آخره ، يتصل بقوله ومن باع نخلا أو شجراً فيه ثمر فثمرته ، للبائع يعني أن الثمر للبائع في الحالين يعني (بين إذا ما كان الثمر بحال له قيمة ، أو لم يكن في الصحيح) احترز به عن قول المشعري فإن قال إن لم يكن له قيمـــة يدخل ، والصحيح أنه لا يدخل في الحالين . لأن بيعه يصح في أصح الروايتين ، ومـــا يصح بيعه منفرداً لا يدخل في بيع غيره ولا يلزم عليه البقاء فإن بيعه يجوز منفرداً مع أنه يدخل في بيع الأرض تبعاً ، لأن البناء للقرار فيكون كجزء من أجزاء البيع. بخلاف الثمر ، فإنه المفصل فلم يكن كجزء من أجزائه .

(ويكون في الحالين) أي في حال يكون له قيمة وفي حال لا يكون له قيمة يكون (للبائع ، لأن بيعه يجوز في أصح الروايتين على ما نبينه) أشار به إلى ما ذكره بعـــد تسعة خطوط بقوله ومن باع ثمرة لم يبد صلاحها في الحال ، أو قد بدا جـــاز (فلا يدخل في بيع الشجر بلا ذكر) يعني إذا كان الأمر كذلك لا يدخل الثمر في الشجر بلا ذكر.

(وأما إذا بيعت الأرض) قال الأكمل قوله وإذا بيعت الأرض معطوف على ولافرق، يعني الثمر لا يدخل في البيع وإن لم يكن له قيمة ، وأما إذا بيعت الأرض (وقـــد بذر فيها صاحبها) أي والحال أن صاحبها قد بذر في الأرض (ولم ينبت) أي والحال أنـــه لم ينبت (بعد لم يدخل فيه) أي في البيع (لأنه) أي لأن البذر (مودع فيهـــا) أي في

كالمتاع ولو نبت ولم تصر له قيمة فقد قيل لا يدخل فيه ، وقد قيل يدخل فيه وكأن هذا بناء على الإختلاف في جواز بيعه قبل أن يناله المشافر والمناجل ولا يدخل الزرع والثمر بذكر الحقوق والمرافق لأنهما ليسا منهما ولو قال بكل قليل وكثير هو له فيها ومنها

الأرض (كالمتاع) الموضوع فيها حيث لا يدخل (ولو نبت ولم تصر له قيمة فقد قيل لا يدخل فيه) أي في البيع ، وهو قول أبي القاسم الصفار (وقد قيل يدخل) وهو قول أبي بكر الإسكاف . وفي الذخيرة هذا إذا لم يفسد البذر في الأرض ، فلو فسد وعفن فهو للمشتري ، لأن العفن لا يجوز بيعه على الإنفراد فصار بمنزلة جزء من أجزاء الأرض ، فيدخل في بيع الأرض واختار الفقيه أبو الليث أنه لا يدخل بكل حال ، إلا إذا بيع مع الأرض نصاً أو دلالة ، وهو قول الشافعي رضي الله عنه . وفي فتاوى الفضلي ولو عفن البذر في الأرض فهو للمشتري وإلا فهو للبائع ، ولو سقاه المشتري حتى نبت ولم يكن عفن عند البيع فهو للبائع والمشتري متطوع فيما فعل ، وكذا إذا نبت ولم يتقوم بعد (وكأن) قال الأكمل وصحح بعض الشارحين بتشديد النون . قلت أراد به الاترازي فإنه قال وكان هذا بتشديد النون (هذا بناء على الإختلاف في جواز بيعه) يعني فمن جواز بيعه (قبل أن يناله المشافر) وهو جمع مشفر البعير ، وشفته (والمناجل) جمع منجل بكسر الميم وهو ما يحصد به الزرع (ولا يدخل الزرع والثمر بذكر الحقوق والمرافق لأنهما) أي لأن الزرع والثمر (ليسا منهما) أي من الحقوق والمرافق الحقوق جمع حق ، والمراد به هاهنا ما يثبت له من ذلك . والمرافق جمع مرفق بفتح الميم وكسر الفاء ، قال الجوهري والمرفق من الامر ما ارتفقت به ومرافق الدار مسيل الماء أو نحوها .

(ولو قال بكل قليل وكثير) هذا يذكر للمبالغة في إسقاط حق البائع عن المبيع وما يتصل بالبيع والالفاظ في بيع الارض المزروعة والشجرة المثمرة أربعة .

الاول: أن يقول بعت الارض أو الشجر بكل قليل أو كثير (هو له) أي للبائع (فيها) أي في الارض (ومنها) أي من الاشجار وقال شيخي رحمه الله فيه لف ونشر ، لان

من حقوقها ، وقال من مرافقها لم يدخلا فيه لمـــا قلنا . وإن لم يقل من حقوقهـــا أو من مرافقها دخلا فيه . أما الثمر المجذوذ والزرع المحصود لا يدخل إلا بالتصريح بـــه لأنه بمنزلة المتاع .

قال ومن باع ثمرة لم يبد صلاحها

قوله فيها يرجع إلى الارض التي فيها الزرع ، وقوله منها يرجع إلى الاشجار التي فيها الثمر (من حقوقها) أي قال من حقوقها (أو قـال من مرافقها لم يدخلا فيه) أي في الزرع والثمر (لما قلنا) أشار به إلى قوله لانهما ليسا منهما .

والثاني : أن يقول بعت منك قليل أو كثير هو له فيها ولم يقل من حقوقهـــا وهو معنى قوله (وإن لم يقل من حقوقها أو من مرافقها يدخلون فيـــه) أي في البيـع لعموم تمـــام اللفظ .

والثالث : أن يقول بعت الارض والشجر ولم يزد على ذلك ، وقـــد تقدم بيان ذلك .

والرابع : أن يقول بعت بحقوقها ومرافقها لا يدخلان لأن الحق في العادة يذكر لـما هو تبع لا بد للمبيع منه كالطريق والشرب والمرافق ، فإنـــه حقوقه وهو مخصوص بالتوابع كسيل الماء والزرع والثمار ليسا كذلك فلا يدخلان .

(أما الثمر المجذوذ) بذالين معجمتين ويجوز بمهملتين ، لان كليهما بمعنى واحـد وهو المقطوع . قال الاترازي الاول بالإهمال تناسب بينه وبين المحصود ، وهو قوله (والزرع المحصود لا يدخل إلا بالتصريح به) أي لا يدخل بمجرد قوله كل قليل وكثير هو له فيها، وإن لم يقل من حقوقها أو من مرافقها (لانه) أي لان كل واحد من المجذوذ والمحصود (بمنزلة المتاع) الموضوع فيها .

(قال) أي القدوري (ومن باع ثمرة لم يبد صلاحها) لا خلاف للعلماء في بيـع الثمار بعد بدو الصلاح ، لكن الخلاف في تفسير بدو الصلاح، فعندنا هو أن يأمن العاهة والفساد ذكره في المبسوط . وعند الشافعي رضي الله عنه ظهور الصلاح بظهور الفتح ومبادىء الحلاوة ، أما قبل بدو الصلاح إذا اشتراها مطلقاً يجوز عندنا ، وعند الشافعي ومالك وأحمد رضي الله عنهم لا يجوز المبيع.والبيع بشرط القطع قبل بدو الصلاح يجوز فيما

أو قد بدا جاز البيع لأنه مال متقوم، إما لكونه منتفعاً به في الحال أو في الثاني ، وقـــد قيل لا يجوز قبل أن يبدو صلاحها ، والأول أصح وعلى المشتري قطعها في الحال تفريغاً لملك البائع ، وهــــذا إذا اشتراها مطلقاً أو بشرط القطع

ينتفع به بالإجماع وبشرط الترك لا يجوز بالإجماع ، وبيع الثمار قبل الظهور لا يجـــوز بالإجماع ، وبعد الظهور على ثلاثة أوجه .

أحدها : أن يبيعها قبل صيرورتها منتفعاً بها ، فان لم يصلح لتناول بنى آدم وعلف الدواب فقال شيخ الاسلام لا يجوز . وذكر القدوري في شرحه والاسبيجابي أنـــه يجوز وإليه أشار محمد في كتاب الزكاة في باب العشر والخراج في الجامع وهو الصحيح .

والثاني : ما إذا باعه بعدما صار منتفعاً به إلا انه لم يتناه عظمه فالبيـــع جائـــز عند الكل إذا باعه مطلقاً أو بشرط القطع ، ولو باعه بشرط الترك لا يجوز في القياس ، وهو قولهما ويجوز في الإستحسان ، وهو قول محمد والشافعي ومالك وأحمد على مـــا سيأتي عن قريب إن شاء الله تعالى .

وقال القدوري ومن باع ثمرة لم يبد صلاحها (أو قد بدا جاز البيـــع) وقـــد روي عدم الجواز قبل بدو الصلاح والاول أظهر (لانه مال متقوم أما لكونه منتفعاً بـــه في الحال أو في المآل) وفي بعض النسخ أو في الثاني أو ثاني الحال كبيـــع الحجر ومولود ولد من ساعته ومهر صغير . وفي قاضي خان لم يجوز عامة مشايخنا بيـــع الثمار قبل أن تصير منتفعة لنهيه عليه الصلاة والسلام عن بيعها قبل بدو الصلاح ، والمراد بالصلاح الإنتفـــاع وقد قال الفضلي يجوز بيعها الظهور والنهي محمول على بيعها قبل ظهور صلاحها للانتفـــاع في الزمان الثاني .

(وقد قيل لا يجوز) وهو قول شمس الائمـــة السرخسي وشيخ الإسلام خواهر زادة (قبل أن يبدو صلاحها والاول) أي جواز البيـــع في الحالين (أصح) كما قاله الإمـــام الفضلي واختاره المصنف (وعلى المشتري قطعها في الحال تفريغاً لملك البائع وهذا) إشارة إلى الجواز أي الجواز إنما يكون (إذا اشتراها مطلقاً أو بشرط القطع) أي إذا اشتراها

وإن شرط تركها على النخيل فسد البيع لأنه شرط لا يقتضيه العقد ، وهو شغل ملك الغير أو هو صفقة في صفقة وهو إعارة أو إجارة في بيع ، وكذا بيع الزرع بشرط الترك لما قلنا ، وكذا إذا تناهى عظمها عند أبي حنيفة وأبي يوسف لما قلنا واستحسنه محمد للعادة بخلاف ما إذا لم يتناه عظمها لأنه شرط فيه الجزء المعدوم وهو الذي يزيد بمعنى من الأرض أو الشجر . ولو اشتراها مطلقاً وتركها بإذن البائع طاب له الفضل ،

بشرط أن يقطعه (وإن شرط تركها) بأن قال اشتريت على أني أتركه (على النخيل فسد البيع لانه) أي لان شرط الترك شرط لا يقتضيه العقد) لان مطلق البيع يقتضي تسليم المعقود عليه (وهو) أي شرط الترك الذي لا يقتضيه العقد (شغل ملك الغير أو هو) أي المبيع بشرط الترك (صفقة في صفقة) وقد ورد النهي عنها وفسرها بقوله (وهو إعارة أو إجارة في بيع) أراد بها إجارة على تقدير أنها باجرة ، وإعارة على تقدير أنها بلا أجرة فيكون إدخال صفقته التي هي للاجارة أو الإعارة في صفقة وهو البيع . وقال مالك وفيه تأمل ، لان ذلك وإنما يكون صفقة إن جاز إعارة الاشجار أو إجارتها وليس كذلك ، نعم هو مستقيم فيما إذا باع الفرس بشرط الترك فان إعارتها أو إجارتها جائزة فيلزم صفقة في صفقة .

(وكذا بيع الزرع بشرط الترك) أي وكذا يفسد البيع بشرط ان يقول المشتري اشتريته على أني أتركه إلى وقت الحصاد (لما قلنا) أشار به إلى قوله أنه شرط لا يقتضيه العقد (وكذا) أي وكذا يفسد البيع (إذا تناهى عظمها) وشرط فيه الترك (عند أبي حنيفة وأبي يوسف لما قلنا) أي لانه شرط لا يقتضيه العقد (واستحسنه محمد) أي استحسن محمد هذا العقد في هذه الصورة ، يعني لا يفسد البيع ، وبه قال الشافعي ومالك وأحمد رضي الله عنهم (للعادة) أي لتعامل الناس من غير نكير .

(بخلاف ما إذا لم يتناه عظمه) حيث يفسد(لانه شرط فيه الجزء المعدوم وهو الذي يزيد بمعنى من الارض أو الشجر) وهو تأثيرهما في الزيادة (ولو اشتراها مطلقاً) يعني من غير شرط القطع والترك (وتركها باذن البائع طاب له الفضل) أي الفضل له من

وإن تركها بغير إذنــــه تصدق بما زاد في ذاته لحصوله بجهة محظوره ، وإن تركها بعدما تناهى عظمها لم يتصدق بشيء ، لأن هذا تغير حاله لا تحقق زيادة ، وإن اشتراها مطلقاً وتركها على النخيل وقـــد استأجر النخيل إلى وقت الإدراك طاب له الفضـــل لأن الإجارة باطلة لعدم التعارف والحاجة ، فبقي الإذن معتبراً

غير كراهة (وإن تركها بغير إذنه) أي بغير إذن البائع (تصدق) أي المشترى (بمازاد في ذاته) أي يقوم قبل التناهي وبعده فيتصدق بفضل مـــا بينهما من قيمته (لحصوله) أي لحصول ما زاد في ذاته (بجهة محظورة) وهي حصولها بقوة الأرض المغصوبة (وإن تركها بعد ما تناهى عظمها لم يتصدق بشيء ، لأن هذا) أي الذي زاد بعد التناهي (تغير حاله) من النيء إلى النضج (لا تحقق زيادة) في اليم فإن الثمرة إذا صارت بهذه المثابة لا يزاد فيهـــا من ملك البائع شيء بل الشمس ينضجهـــا ، والقمر يلونهـــا ، والكواكب تعطيهـــا الطعم .

(وإن اشتراها مطلقاً) أي عن القطع والترك (وتركهـــا على النخيل وقد استأجر النخيل إلى وقت الإدراك طاب له الفضل ، لأن الإجارة باطلة) أي لأن إجارة النخيل لا تصح ، كمن استأجرها ليخفف عليها الثياب وإنما تبطل الإجارة (لعدم التعارف) فإن التعارف لم يجر فيما بين الناس باستئجار الأشجار (والحاجة) أي ولعدم الحاجة إلى ذلك، لأن الحاجة إلى الترك بالإجارة إنما تخفف إذا لم يكن مخلص سواها ، وهاهنا يمكن للمشترى أن يشتري الثمار مع أصولها على ما سيأتي ، فـإذا بطلت الإجارة (فبقى الاذن معتبراً) فيطيب له الفضل .

فإن قيل لا نسلم إبقاء الاذن فإنه يثبت في ضمن الإجارة وفي بطلان المتضمن كالوكالة الثابتة ، وفي ضمن الرهن تبطل ببطلان الرهن أجيب بأن الباطل معدوم ، لأنــه هو الذي لا تحقق له أصلا ولا وصفاً ولا شرعاً على ما عرف ، والمعدوم لا يتضمن شيئـــاً حتى يبطل ببطلانه ، بل كان ذلك الكلام ابتداء عبارة عن الإذن فكان معتبراً .

بخلاف ما إذا اشترى الزرع واستأجر الأرض إلى أن يدرك وتركه حيث لا يطيب له الفضل ، لأن الإجارة فاسدة للجهالة فأورثت خبثاً . ولو اشتراها مطلقاً فأثمرت ثمراً آخر قبل القبض فسد البيع لتعذر التمييز ، ولو أثمرت بعد القبض يشتركان فيه للاختلاط ، والقول قول المشتري في مقداره لأنه في يده وكذا في الباذنجان والبطيخ ،

(بخلاف ما إذا اشترى الزرع واستأجر الأرض إلى أن يدرك وتركه حيث لا يطيب له الفضل ، لأن الإجارة فاسدة للجهالة) أي لجهالة وقت إدراك الزرع ، فإن الإدراك قد يتقدم لشدة الحر وقد يتأخر للبرد والفاسد ماله تحقق من حيث الأصل ، فأمكن أن يكون متضمناً لشيء ، ويفسد ذلك الشيء بفساد المتضمن وإذا انتفى الإذن (فأورثت) جهالة مدة الإدراك (خبثاً) وسبيل التصدق (ولو اشتراها مطلقاً) أي ولو اشترى الثمار مطلقاً عن القطع والترك (فأثمرت ثمراً آخر) أي في مدة الترك (قبل القبض) يعني قبل تخلية البائع بين المشتري والثمار (فسد البيع) أي لأن البائع لا يمكنه تسليم المبيع) إلى المشتري (لتعذر التمييز) أي وبين الثمر الذي خرج بعد المبيع وبين ما خرج قبل البيع .

(ولو أثمرت) يعني ثمرة أخرى (بعد القبض) لم يفسد البيع ، لأن التسليم قد وجد وحدث ملك البائع واختلط بملك المشتري (يشتركان فيه للاختلاط) أي لإختلاط غير المبيع بالمبيع (والقول قول المشتري في مقدار الزائد ، لأنه في يده) أي لأن المبيع في يده ، فكان الظاهر شاهد له ، هذا ظاهر المذهب . وكان شمس الأئمة الحلواني يفتي بجوازه ويزعم أنه مروي عن أصحابنا . وحكي عن الإمام الجليل أبي بكر محمد بن الفضل البخاري رحمه الله إنه كان يفتي بجوازه ، ويقول اجعل الموجود أصلا وما يحدث بعد ذلك تبعاً ، وبهذا شرط أن يكون الخارج أكثر .

(وكذا) أي وكذا لا يجوز البيع (في الباذنجان والبطيخ) إذا حدث شيء قبل

والمخلص أن يشتري الأصول ليحصل الزيادة على ملكه ، قال ولا يجوز أن يبيع ثمرة ويستثني منهـــا أرطالاً معلومة ، خلافاً لمالك رحمه الله ، لأن الباقي بعد الإستثناء مجهول ، بخلاف ما إذا بـــاع واستثنى نخلاً معيناً ، لأن الباقي معلوم بالمشاهدة قال ، قالوا هذه رواية عن الحسن ،

القبض وإذا حدث بعده يشتركان (والمخلص) أي الحيلة في جوازه قبل القبض . وقـال الاترازي أي المخلص من فساد البيـع (أن يشتري الأصول) أي أصول الباذنجان وأصول البطيخ (ليحصل الزيادة على ملكه) ليملكها . وفي الذخيرة والمغني قال أبو الليث وفيه طريق آخر ، وهو أن يأذن للمشترى في النزل على أنه متى رجع عن الإذن كان مأذوناً في الترك بإذن جديد .

(قال) أي القدورى (ولا يجوز أن يبيـع ثمرة ويستثني منها أرطالاً معلومة) قال تاج الشريعة أى على الشجرة أما إذا كان مجذوذاً أو باع واستثنى أرطالاً معلومـة جاز ، وفي قوله أرطالاً إشارة إلى أن المستثنى لو كان رطلا واحداً يجوز ، لأنه استثنى القليل من الكثير بخلاف الأرطال لجواز أن لا يكون إلا ذلك القــدر ، فيكون استثنى الكل من الكل . وفي شرح الطحاوى باع الثمر على رد من النخل إلا صاعاً منها يجوز ، لأن المستثنى معلوم كما إذا كان الثمر مجذوذاً موضوعاً على الأرض فباع الكل إلا صاعاً .

(خلافاً لمالك) فانه يجوز كاستثناء شجرة معينة (لأن الباقي بعد الاستثناء مجهول) أى وزنا ومشاهدة . وقيل والإستثناء وإن كان مجهولاً وزنـــا لكنه معلوم مشاهدة ، وكان بيع مجازفة وجهالة المجازفة لا يمنع صحة العقد ، لأنها لا تفضي إلى المنازعة والجهالة في مسالتنا يفضي فتمنع (بخلاف ما إذا باع واستثنى نخلا معيناً لأن الباقي معلوم بالمشاهدة) كما هي نخلة فيصح .

(قال) أى المصنف رحمه الله (قالوا) أى المشايخ (هــذا) أى قول القدورى ولا يجوز أن يبيع ثمرة ويستثني منها أرطالاً معلومة (رواية عن الحسن) أي عن أبي حنيفة

وهو قول الطحاوي ، أمـــا على ظاهر الرواية ينبغي أن يجوز لأن الأصل أن ما يجوز إيراد العقد عليه بانفراده يجوز استثناء من العقد، وبيع قفيز من صبرة جائز ، فكذا استثناءه بخلاف استثناء الحمل وأطراف الحيوان ، لأنه لا يجوز بيعه فكذا استثناء ويجوز بيع الحنطة في سنبلها والباقلاء في قشره وكذا الأرز والسمسم . وقـــال الشافعي لا يجوز بيع الباقلاء الأخضر ، وكذا الجوز واللوز والفستق في قشره فالأول عنـــده وله في بيع السنبلة قولان

رحمه الله (وهو قول الطحاوى) وقول الشافعي وأحمد رحمهما الله أيضاً (أما على ظاهر الرواية ينبغي أن يجوز) يريد به على ظاهر قياس الرواية ، فان حكم هذه المسألة لم يذكر في ظاهر الرواية صريحاً ، ولهذا قال ينبغي أن يجوز (لأن الأصل أن مـــا يجوز إيراد العقد عليه بانفراده لا يجوز استناءه من العقد وبيـع قفيز من صبرة جائز ،فكذا استثناءه) وينعكس إلى أن ما لا يجوز إيراد العقد عليه بانفراده لا يجوز استثناءه (بخلاف استثناء الحمل وأطراف الحيوان لأنه لا يجوز بيعه فكذا استثناءه) صورة استثناء الحمل أن يقول بعتك هذه الشاة إلا حملها ، وصورة استثناء أطراف الحيوان بأن يقول بعتك هــذه الشاة إلا جلدها أو غيره ، فانه لا يجوز لا في حضر ولا في سفر ، وبــه قال الشافعي رحمه الله وقال أحمد يجوز ذلك في الرأس والأكارع لعدم الإفضاء إلى المنازعة غالبـــاً وتوقف في استثنى الشحم ، وعن مالك أنه يجوز ذلك في السفر دون الحضر للضرورة فيه (ويجوز بيـع الحنطة في سنبلها والباقلاء في قشر وكذا الأرز والسمسم) يعني يجوز في قشرها . والحاصل أن بيـع الشيء في خلافه لا يجوز إلا الحبوب مثل هذه المذكورة .

(وقال الشافعي رضي الله عنه لا يجوز بيـع الباقلاء الأخضر ، وكذا اللوز والفستق والجوز في قشره الاول عنده) أى عند الشافعي رضي الله عنـــه (وله) أى وللشافعي رضي الله عنه (في بيـع السنبلة قولان) في قوله القديم يجوز ، وفي قوله الجديد لا يجوز ،

عندنا يجوز ذلك كله له أن المعقود عليه مستور بما لا منفعة له فيه ، فأشبه تراب الصاغة إذا بيع بجنسه ولنا ما روي عن النبي عليه السلام أنه نهى عن بيع النخل حتى يزهى وعن بيع السنبل حتى يبيض ويأمن العاهة ولأنه حب منتفع به

وله أيضاً وجهان في الباقلاء الاخضر والمنصوص عليه أنه لا يجوز ، وهو ظاهر مذهبه قال الاصطخري وكثير من أصحابه يجوز كقولنا . وبه قال مالك وأحمد رحمه الله

(عندنا يجوز ذلك كله) أي بيع المذكور في الحبوب كله يجوز عندنا (له) أي للشافعي رضي الله عنه (أن المعقود عليه مستور بمالا منفعة له فيه) أي للمشترى في المعقود (فأشبه تراب الصاغة إذا بيع بجنسه) يعني لا يجوز لاحتمال الربا ، ولا ينصرف إلى خلاف الجنس تحرياً للجواز كما في بيع الدرهم والدينارين بدرهمين ودينار ، لان التراب ليس بمال يتقوم ، وتراب الصاغة هو التراب الذى فيه برادة الذهب والفضة والصاغة جمع صائغ ، ووجه المشابهة بينهما استتاره بما لا منفعة فيه .

(ولنا ما روى عن النبي ﷺ أنه نهى عن بيع النخل حتى يزهى ، وعن بيع السنبل حتى يبيض ويأمن العاهة) هذا الحديث رواه الائمة الستة غير البخارى عن أيوب عن نافع عن ابن عمر رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع النخل... إلى آخره نحوه، ولا آخره نحوه نهر البايع والمشترى . قوله حتى يزهي أى يحمر أو يصفر . وقال أبوزيد والكسائي زهى يزهو وأزهى يزهي بمعنى أى احمر الثمر أو اصفر . وقال أبو عبيد أنكر الاصمعي أزهي ونقل الزمخشرى في فائقة عن كتاب العين يزهو خطأ ، إنما هو يزهي قوله العاهة أى الآفة .

(ولأنه) أي وبمعنى المذكور من الحبوب (حب ينتفع به) وهذا كأنه جواب عن قوله أن المعقود عليه مستور بما لا نفع فيه ، وتقريره لا نسلم أنه لا منفعة له بل هو حب منتفع به . ومن أكل الفوائت يشهد بذلك وأن الحبوب المذكورة تدخر في قشرها ، قال

فيجوز بيعه في سنبله كالشعير ، والجامع كونه مالاً متقوماً بخلاف تراب الصاغة لأنه إنما لا يجوز بيعه بجنسه لاحتمال الربا ، حتى لو باعه بخلاف جنسه جاز في مسألتنا لو باعه بجنسه لا يجوز أيضاً ، لشبهة الربا ، لانه لا يدري قدر ما في السنابل .

الله تعالى ﴿ فذروه في سنبله ﴾ وهو الإنتفاع لا محالة (فيجوز بيعه في سنبله كالشعير) في سنبله ، فانه يجوز بالإتفاق (والجامع) يعني في تشبيه بيع الحنطة في قشرها ، وبيع الشعير في سنبله (كونه) أي كون كل واحد منهما (مالاً متقوماً ، بخلاف تراب الصاغة لأنه إنما لا يجوز بيعه بجنسه لإحتمال الربا ، حتى لو باعه بخلاف جنسه جاز) لعدم ذلك الاحتمال . وقال محمد في الأصل فإن كان تراب ذهب بتراب فضة فهو جائز . وكل واحد منهما بالخيار إذا رأى ما فيه .

واعلم أن بيع تراب الصاغة بخلاف الجنس إنما يجوز إذا وجد فيه الذهب أو الفضة وإذا لم يوجد فلا ، ألا ترى إلى ما قال في الفتاوى الولوالجي رجل اشترى تراب الصواغين بعرض فهذا على وجهين ، إن وجد فيها ذهباً أو فضة جاز البيع ، لأنه تبين أنه اشترى الذهب والفضة بالعروض ، وإن لم يجد فيها ذهباً أو فضة لا يجوز .

(وفي مسألتنا) المتنازع فيها (لو باعه بجنسه) أي لو باع حب الحنطة في السنبل بالحنطة (لا يجوز أيضاً لشبهة الربا ، لأنه لا يدري قدر ما في السنابل) .

فإن قيل ما الفرق بين مسألتنا وبين ما إذا باع حب قطن بعينه أو نوى تمر في تمر بعينه ، وهما شيئان في كون المبيع متلفاً . أجيب بأن الغالب في السنبلة الحنطة يقال هذه حنطة وهي في سنبلها ، ولا يقال هذا حب وهو في القطن ، وإنما يقال هذا قطن وكذلك في التمر ، إليه أشار أبو يوسف رحمه الله .

فإن قلت استدل الشافعي رحمه الله أيضاً فيما ذهب إليه ، فان النبي ﷺ نهى عن بيع الغرر ، وهذا الذي ذكرتم منه لا يدري قدر الحب في السنابل ، واستدل أيضاً بأنه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع الطعام حتى يفرك . قلت حديث النهي عن بيع الغرر محمول

ومن باع داراً دخل في البيع مفاتيح أغلاقها ، لأنه يدخل فيه الاغلاق لأنها مركبة فيها للبقاء ، والمفتاح يدخل في بيع الغلق من غير تسميته ، لأنه بمنزلة بعض فيـــه إذ لا ينتفع به بدونه . قال وأجرة الكيال وناقد الثمن على البائع ، أما الكيل فلا بد منه للتسليم وهو على البائع ، ومعنى هــــذا إذا بيع مكايلة وكذا أجرة الوزان

على بيع الطير في الهواء ، والسمك في الماء . لأن الغرر ماله عاقبة مستورة ، كذا ذكره في الصحاح ، أو يحمل على بيعــه قبل أن يشتد . وحديث الفرك رواه ابن حبان في رواية عوضاً عن قوله عليه الصلاة والسلام وعن بيع الحب حتى يشتد ، أخرجه أبو داود والترمذي . وقال حديث حسن غريب لا نعرفه مرفوعاً إلا من حديث حماد بن سلمة وقوله حتى يفرك أي حتى يصير بحـــال يتأتى فيه الفرك ، والحمل عليه أولى توفيقاً بينه وبين مــــا روينا فافهم .

(ومن باع داراً دخل في البيع مفاتيح أغلاقهـــا) الأغلاق بفتح الهمزة جمع غلق بفتحتين وهو ما يغلق ويفتح بالمفتاح (لأنه يدخل فيه) أي في البيع (الأغلاق ، لأنهـا مركبة فيها للبقاء) في الدار للبقــــاء لا للانفصال (والمفتاح يدخل في بيع الغلق من غير تسميته ، لأنه) أي لأن المفتاح (بمنزلة بعض منه) أي من الغلق (إذ لا ينتفع به) أي بالغلق (بدونه) أي ما يغلق بالمفتاح وفي بعض النسخ إذ لا ينتفع به بدونه ، أي بـدون المفتاح . وفي الفوائد الظهيرية هذا إذا كانت الأغلاق مركبة في حيطان الدار ، أمـا إذا كانت منفصلة فلا تدخل بدون الذكر .

فان قلت يرد على هـــذا التعليل الطريق ، حيث لا يدخل في بيع الدار مع أن الدار لا ينتفع إلا بها . قلت إنما لا يدخل الطريق لأن المقصود من شراء الدار بما يكون نفس الملك لا الإنتفاع بها بأن يكون مراد المشتري بها أخذ دار يجنبها لسبيل الشفعة ، حتى إذا كان المقصود الإنتفاع بها يدخل الطريق أيضاً كما في الإجارة والقسمة والصدقة الموقوفة .

(قال) أي القدري (وأجرة الكيال وناقد الثمن على البائع ، أما الكيل فلا بد منه للتسليم وهو) أي التسليم (على البائع ، ومعنى هذا إذا بيع مكايلة وكذا أجرة الوزان

والذراع والعداد، وأما النقد فالمذكور رواية ابن رستم عن محمد، لأن النقد يكون بعد التسليم ، ألا ترى أنه يكون بعد الوزن والبائع هو المحتاج ، إليه ليميز ما يتعلق به حقه من غيره ، أو ليعرف المعيب ليرده . وفي رواية ابن سماعة عنه على المشتري لأنه يحتاج إلى التسليم الجيد المقدر ، والجودة تعرف بالنقد كما يعرف القــدر بالوزن فيكون عليه . قال وأجرة وزان الثمن على المشتري لما بينا أنه هو المحتاج إلى التسليم وبالوزن يتحقق التسليم ، قال ومن باع

والذراع والعداد) قيد به لأنه لو بيع مجازفة لا يجب أجره هؤلاء على البائع إذا باع بشرط الوزن والذرع والعدد ، لأن تحقق الابقاء بذلك (وأما النقد) أي وأما أجرة ناقد الثمن (فالمذكور) أي في القدوري أنه على البائع .

(ورواية ابن رستم عن محمد ، لأن النقد يكون بعد التسليم ، ألا ترى أنه)أي التسليم (يكون بعد الوزن) أي بعد وزن الثمن (والبائع هو المحتاج اليه ليميز ما يتعلق به حقه من غيره) أي من غير حقــه من الروي (أو ليعرف) أي البائع (المعيب) إذا وجده معيباً (ليرده) على المشتري .

(وفي رواية ابن سماعة عنه) أي عن محمد أجرة النقاد (على المشتري ، لأنه يحتاج إلى التسليم الجيد المقدر) لأن حق البائع في القدر والجودة جميعاً (والجودة تعرف بالنقد كما يعرف القدر بالوزن فيكون عليه) اي على المشتري . وقال الفقيه أبو الليث في العيون أجرة وزان الثمن والناقد على المشتري ، لان عليه أن يوفيه الوزن . وفي الخلاصة والصحيح أنها على المشتري .

(قال) أي القدوري (وأجرة وزان الثمن على المشتري لما بينا أنه) أي أن المشتري (هو المحتاج إلى تسليم الثمن ، وبالوزن تحقق التسليم) فيكون الوزان على المشتري .

(قــال) أي القدوري ومن باع سلعة بثمن) أي بالدراهم والدنانير (قيل للمشتري

ادفع الثمن أولاً لأن حق المشتري تعين في للبيع فيقدم دفع الثمن ليتعين حق البائع بالقبض ، لما أنه لا يتعين بالتعيين تحقيقا للمساواة .

قال ومن باع سلعة بسلعة أو ثمناً بثمن قيل لهما سلما معا لإستوائهما في التعيين وعدمه . فلا حاجة إلى تقديم أحدهما في الدفع .

ادفع الثمن أولاً ، لان حق المشتري تعين في المبيع فيقدم دفع الثمن ليتعين حق البائع بالقبض ، لما أنه) أي أن الثمن . قال الشافعي في قول وبه قال مالك (لا يتعين بالتعيين تحقيقاً للمساواة) أي في المالية . وبقولنا قال الشافعي رضي الله عنه في الأصح أنه يجبر البائع على تسليم المبيع أولاً ، وبه قال أحمد . وعنه في قول يجبرهما الحاكم على التسليم فيأمر كل واحد منهما إحضار ما عليه ، فاذا أحضراه يسلم الثمن إلى البائع والمبيع إلى المشتري . وفي قول لا يجبرهما ويمنعها عن التحام فاذا سلم أحدهما أجبر الآخر ، كذا في شرح الوجيز ، وقال الاترازي وهذا الذي قلنا من وجوب دفع الثمن أولاً على المشتري فيما إذا كان المبيع حاضراً ، أما إذا كان غائباً فلم يقص عليه الشيخ أبو الحسن الكرخي في مختصره . وقال فان كان المبيع غائباً عن حضرتهما فللمشتري أن يمتنع من التسليم حتى يحضر المبيع ويكون بحيث يمكنه قبضه في مكانه إذا دفع الثمن ثم البيع في زمان الحبس في ضمان البائع إلى أن يسلمه إلى المشتري حتى إذا هلك في يد البائع انتقض البيع ، ويعود الثمن إلى المشتري .

(قال) أي القدوري (ومن باع سلعة بسلعة أو ثمناً) أي وباع (بثمن قيل لهما سلما معاً) هذا باجماع الائمة الاربعة (لإستوائهما) أي لاستواء البائع والمشتري (وفي التعيين وعدمه فلا حاجة إلى تقديم أحدهما في الدفع) أي في دفع المبيع والثمن وفي المجتبى لا بد من معرفة كيفية التسليم والتسلم ، ومكان التسلم التخلية بين المشترى وبين المبيع من غير مانع من قبضه ، وبه يدخل البيع في ضمان المشتري . قال ابن شجاع وهذا باتفاق أهل العلم . وقال الشافعي رضي الله عنه القبض في الدراهم والدنانير لهما بالتزاحم ، وفي الثياب ونحوها بنقله من مكان إلى مكان إلا الطعام مكايلة فبالكيل وفي العقار والشجر

بالتخلية . وفي الغاية الحكم فيه العرف فقبض العقار بالتخلية وقبض المنقول النقل إلى مكان لا يختص بالبائع ، وبه قال أحمد ، وفي المجتبى أمره البائع بالقبض فلم يقبضه حتى أخذه إنسان فان أمكنه قبضه من غير قيام صح التسليم وإلا فلا .

وفي النظم أمر البائع المشتري بحلق شعر العبد أو بالحجامة أو يسقيه دواء أو بتداوي جرحه ففعل لا يصير قابضاً . ولو قبض المشتري فوجد فيه عيباً ففعل هذه الاشياء لا يكون رضاء ولو أمره بختان الجارية أو العبد أو الفصد أو ربط جرحه أو قطع عرقه أو كان ثوباً فقطعه أو قصره أو غسله أو فعلا يحذوه أو طعاماً تطبخه أو جارية فأمره أن يزوجها فزوجها ودخل بها زوجها يكون قبضاً ، ولو لم يدخل لا يكون قبضاً . ولو فعل المشتري شيئاً من هذه الاشياء بعد وجدان العيب به يصير راضياً ، ولو لم يكن له الرد فيرجع بالنقصان في هذا كله .

وفي جمع النوازل وقع المفتاح في بيع الدار تسليم إذا تهيأ له فتحه من غير كلفة . ولو باع حنطه في بيته ودفع إليه المفتاح ليقبض فان قال خليت بينك وبينها فتسلم وإلا فلا تسلم الدار ، وهما غائبان عنها ، وقال المشتري قبضتها لم يصر قابضاً حتى يكون قريباً بحيث يقدر إغلاقها . وفي جامع شمس الائمة يصح القبض وإن كان العقار غائباً عند أبي حنيفة خلافاً لهما اشترى فرساً في حظيرة فقال البائع سلمته إليك ففتح المشتري الباب فذهب فان أمكنه أخذه بيده بلا عون كان تسليما ، وإلا فلا ، وكذا الطير .وفي جامع شمس الأئمة إن كان لا يقدر بقبضه إلا مع الحبل وليس معة حبل لا يكون قبضاً وعلى هذا العون ، ولو كان معه حبل وعون فقبض . وكذا لو اشترى رمكة من الرماك في حظيرة ولو اشترى الرماك كلها ، فالتخلية بينه وبين الحظيرة تسليم ، حتى لو غلبته وهلكن هلكن من المشتري . ولو كان في البيت متاعه وإن قل أو ذرعه يمنع التسليم .

وعن الوبري المتاع لغيرالبائع لا يمنع،فلو أذن له بقبض المتاع والبيت صح وصار المتاع وديعة ، عنده ولو هلك الثوب وهو في أيديها بعد التخلية فهو قبض عند محمد خلافاً لأبي يوسف . ولو اشترى دهناً ودفع قارورة ليزنه فيها بحضرة المشتري ، فهو قبض .وكذلك

تعيينه على الأصح وإن كان في بيت البائع . وكذا سائر المكيلات والموزونات إذا وزنها أو كالها في وعاء المشتري بأمره . ولو غصب شيئاً بعينه ثم اشتراه صار قابضاً بالشراء ، وليس للبائع حبسه بالثمن بخلاف الوديعة والعارية إلا إذا وصل إليه بعد التخلية . ولو اشترى حنطة في السواد يجب تسليمها في السواد . ولو اشترى تمراً على الأشجار فجذها على المشتري وفي الموازنة على البائع ، وكذا قلع الجزر والشلجم ونحوها على المشتري إلا قدر نموذج فهو على البائع بكل حال . ولو اشترى حنطة في سنبله أو شيئاً في جوالق أو ثوباً في وعاء فالإخراج على المشتري . ولو اشترى وقر حنطة في المصر فحملها على البائع . ولو اشترى حنطة في سنبلها فتخليصها بالكربس والتذرية على البائع والتبن للبائع .



باب خيار الشرط

خيار الشرط جائز في البيع للبائع والمشتري . ولهما الخيار ثلاثة أيام

(باب خيار الشرط)

أي هذا باب في بيان أحكام خيار الشرط . ولما فرغ عن بيان البيع اللازم وهو الذي ليس فيه خيار بعد وجود شرائطه شرع في بيان البيع الغير اللازم ، وهو ما فيه الخيار ، ولكون اللازم أقوى قدمه على غيره ، ثم قـدم خيار الشرط لأنه يمنع ابتداء الحكم على خيار الرؤيـة لأنه يمنع تمام الحكم ، ثم خيار العيب لانه يمنع لزوم الحكم .

والخيار في البيع على أربعة أنواع خيار الشرط ، وخيار الرؤيه ، وخيـار العيب ، وخيار التعيين . كما إذا اشترى أحد الثوبين وهو بالخيار على أن يأخذ أيهما شاء ، وسيجيء في هذا الباب إن شاء الله تعالى،قوله خيار الشرط أي خيار يثبت بالشرط ، إذلولاالشرط لما ثبت الخيار بخلاف خيار الرؤية والعيب ، فإنهما يثبتان من غير شرط ، وهذهالإضافة باب إضافة الحكم إلى سببه ، كصلاة الظهر ، وكان من حقه الا يدخل في البيع لكونه في معنى القمار ، ولكن لما جاءت به السنة لم يكن هذا من العمل به فظهر عمله في منع الحكم دون السبب تقليلا لعمله بقدر الإمكان .

وشرط الخيار جائز باجماع العلماء والفقهاء ، ولكن اختلفوا في المدة ، ويجوز للبائع والمشتري أو لهما معاً أو لغيرهما ، وفي غيرهما اختلاف يجيء إن شاء الله تعالى .

وقال سفيان الثوري وابن شبرمة ، يجوز للمشتري لا للبائع ، لأنه ثبت بخلافالقياس فيقصر على مورد النص وهو المشتري قلنا النص هو قوله عليه الصلاة والسلام إذا بايعت يتناول البائع والمشتري فيجوز لهما ، وكانبالناس حاجة اليه ليدفع الغبن بالتروي ، وفيه يستوي البائع والمشتري (خيار الشرط جائز فيالبيعللبائعوالمشتريولهما الخيارثلاثةأيام) قال الاترازي وقوله ثلاثة أيام يروى بالنصب على انه ظرف ، أي في ثلاثـة أيـام ،

فما دونها . والأصل فيه ما روي أن حبان بن منقذ بن عمرو الانصاري رضي الله عنه كان يغبن في البياعات فقال له النبي ﷺ إذا بايعت فقل لا خلابة ، ولي الخيار ثلاثة أيام

وبالرفع على انه خبر أو خبر مبتدأ محذوف ، أي هو ثلاثة أيام .

قلت في قوله خبر بعد خبر تأمل لا يخفى ، والأولى أن يكون خبر مبتدأ محذوف تقديره مدة الخيار ثلاثة أيام (فما دونها) أي فما دون ثلاثة أيام ، لانه إذا جاز في ثلاثة أيام ففيما دونها بطريق الأولى (والأصل فيه) أي في جواز شرط الخيار (ما روى ان حبان بن منقذ بن عمرو الانصاري رضي الله عنه كان يغبن في البياعات فقال له النبي عليه السلام إذا بايعت فقل لا خلابة ولي الخيار ثلاثة ايام) .

هذا الحديث رواه الحاكم في المستدرك من حديث محمد بن اسحاق عن نافع عن ابن عمر رضي الله عنهما قال كان حبان بن منقذ رجلا ضعيفاً وكان قد ثقل لسانه فقال له رسول الله ﷺ بع وقل لا خلابة ، فكنت اسمعه يقول لا خلابة لا خلابة ، وكان يشتري ويجيء به إلى أهله فيقولون له ان هذا غال ، فيقول ان رسول الله ﷺ قد خيرني في بيعي ،وسكت عنه الحاكم .

وكذلك رواه الشافعي رضي الله عنه ، أخبرنا سفيان عن محمد بن اسحاق به ، ومن طريق الشافعي رضي الله عنه رواه البيهقي في المعرفة ، ورواه البخاري في تاريخه الأوسط ، وقال حدثنا العباس بن الوليد حدثنا عبد الأعلى بن عبد الأعلى عن ابن السحاق ، حدثني محمد بن يحى بن حبان ، قال كان جدي منقذ بن عمرو اصابته آفة في رأسه فكسرت لسانه ، ونازعت عقله ، وكان لا يدع التجارة ولا يزال يغبن ، فذكر ذلك لرسول الله ﷺ فقال إذا بعت فقل لا خلابة ، وأنت في كل سلعة ابتعتها بالخيار ثلاث ليال .

وعاش ماية وثلاثين سنة ، وكان في زمن عثمان رضي الله عنه يبتاع في السوق ، فيصير إلى أهله فيلوموه ، فيرده ، ويقول ان النبي ﷺ جعلني بالخيار ثلاثاً ، فيمر الرجل من أصحاب رسول الله ﷺ فيقول صدق ذكره في ترجمة منقذ بن حبان .

ولا يجوز أكثر منها عند أبي حنيفة، وهو قول زفر والشافعي ، وقالا يجوز إذا سمى مدة معلومة ،

فإن قلت دل حديث الحاكم على أن القضية لحبان بن منقذ ، وحديث البخاري في تاريخه دل على انه لمنقذ بن عمرو والد حبان ، قلت : روى الترمذي حدثنا يوسف بن حماد البصري ، حدثنا عبد الأعلى بن عبد الأعلى ، عن سعيد ، عن قتادة ، عن أنس رضي الله عنه ان رجلا كان في عقدته ضعيف ، وكان يباع وان أهله أتوا النبي ﷺ فقالوا يا رسول الله احجر عليه ، فدعاه رسول الله ﷺ فنهاه ، فقال يا رسول الله اني لا أصبر عن البيع . فقال اذا بايعت فقل هاء وهاء ولا خلابه ، ثم قال وحديث انس حديث حسن صحيح غريب ، ورواه بقية أصحاب السنن ، وقال شيخنا في شرحه للترمذي الرجل المبهم في هذا الحديث اختلف فيه هل هو حبان بن منقذ ، أو والده منقذ بن عمرو ، فصحيح ابن العربي انه منقذ بن عمرو ، ورجح النووى انه حبان بن منقذ، قوله هاء روى بالمد والقصر ومعناه الأخذ والعطاء ، كقوله في حديث الربا إلا هاء وهاء ، والخلابة بكسر الخاء المعجمة وبالباء الموحدة ، وهي الخديعة ، وروى لا خلانه بالنون مكان الموحدة ، وهو تصحيف ، وحبان بفتح الحاء المهملة وتشديد الباء الموحدة ، ابن منقذ بضم الميم وسكون النون وكسر القاف وبالذال المعجمة ، ابن عمر ابن مالك لشهيد أحد أو من ولده يحي وواسع وأمه هند بنت ربيعة بن الحارث بن عبد المطلب بن هاشم بن عبد مناف ، كذا ذكره ابن شاهين في كتاب المعجم ، وقال ابن ماكولا ومنقذ ابن عمرو والمازني الانصاري ، مديني له صحبه ، وهو جد محمد بن يحي بن حبان (ولا يجوز أكثر منها) أي من ثلاثة أيام (عند أبي حنيفة وهو قول زفر والشافعي) وقال مالك شرط الخيار على حسب ما تدعو اليه الحاجة ، وذلك يختلف باختلاف الأموال .

فإن كان المبيع مما لا يبقى أكثر من يوم كالفاكهة مثلا لم يجز ان يشترط الخيار فيه أكثر من يوم ، وإن كان صيغة لا يمكن الوقوف عليها في ثلاثة أيام يجوز ان يشترط فيها أكثر من ثلاثة أيام .

(وقالا) أي أبو يوسف ومحمد (يجوز إذا سمى مدة معلومة) سواء كان شهراً أو

لحديث ابن عمر انه أجاز الخيار إلى شهرين ، ولأن الخيار إنما شرع للحاجة إلى التروي ليندفع الغبن ، وقد تمس الحاجة إلى الأكثر ، فصار كالتأجيل في الثمن ولأبي حنيفة ان شرط الخيار يخالف مقتضى العقد ، وهو اللزوم ، وإنما جوزناه بخلاف القياس لما روينا من النص فيقتصر على المدة المذكورة فيه وانتفت الزيادة إلا انه إذا جاز في الثلاث جاز عند أبي حنيفة

سنة أو أكثر ، ولو شرط الخيار أبداً لا يجوز بالإجماع وبقولهما ، قال أحمد (لحديث ابن عمر رضي الله عنهما انه أجاز البيع إلى شهرين) هـذا غريب جداً ، والعجب من الأكمل انه قال ولهما حديث ابن عمر أن النبي ﷺ أجاز الخيار إلى شهرين ، ونفس اسنـاده إلى ابن عمر لم يصح ، فكيف يرفع إلى النبي ﷺ .

وقال الاترازي وقدوري أصحابنا في شروح الجامع الصغير ان ابن عمر شرط الخيار شهرين ، كذا ذكر فخر الإسلام .

وقال العتابي ان عبد الله بن عمر باع بشرط الخيار شهراً ، وقال في المختلف روى عن ابن عمر انه باع جارية وجعل للمشتري الخيار شهراً ، وكل هذا لم يثبت ، واستدل الكاكي لهما بقوله عليه الصلاة والسلام المسلمون عند شروطهم (ولأن الخيار إنما شرع للحاجة إلى التروى) أى التأمل والتفكر (ليندفع الغبن وقد تمس الحاجة إلى الأكثر فصار كالتأجيل في الثمن) لأن التأجيل في الثمن يجوز في قليل المدة وكثيرها ان كان يخالف مقتضى العقد لأجل الحاجة ، فكذا ههنـا (ولابي حنيفة ان شرط الخيار يخالف مقتضى العقد ، وهو اللزوم ، وإنما جوزناه بخلاف القياس لما روينا من النص) وهو حديث حبـان بن المنقذ المذكور (فيقتصر على المدة المذكورة فيه) أى في النص (وانتفت الزيادة) على ثلاثة أيام (إلا انه إذا جاز في الثلاث جاز عند أبي حنيفة) استثناء من قوله ولا يجوز أكثر منها ، ومعناه لا يجوز أكثر منها ، لكن لو ذكر الأكثر منها واجاز من لـه الخيار في الثلاث جاز .

خلافاً لزفر هو يقول انه انعقد فاسداً فلا ينقلب جائزاً وله أنه أسقط المفسد قبل تقرره فيعود جائزاً كما إذا باع بالرقم وأعلمه في المجلس ولأن الفساد باعتبار اليوم الرابع

ويجوز أن يكون استثناء من قوله فيقتصر على المدة المذكورة بالتوجيه المذكور ، والأول أولى لقوله (خلافاً لزفر) تأمل (هو) اى زفر رحمه الله (يقول انه) أي ان العقد (انعقد فاسداً فلا ينقلب جائزاً) كما إذا باع الدرهم بالدرهمين ، ثم اسقط الدرهم الزائد ، كما لو نكح امرأة وتحته أربع نسوة ثم طلق الرابعة لا يحكم بصحة نكاح الخامسة ، وكما لو اشترى عبداً بألف ورطل من خمر ، ثم اسقط رطل الخمر ، فانه لا يعود إلى الجواز ، لان البقاء على وقف الثبوت (وله) أي ولأبي حنيفة (انه) أى ان من له الخيار (اسقط المفسد) وهو اشتراط اليوم الرابع (قبل تقرره) أى لزومه وثبوته بمضي ثلاثة أيام .

(فيعود جائزاً) اعلم ان مشايخنا رحمهم الله اختلفوا في حكم هذا العقد في الإبتداء على قول أبي حنيفة ، فذهب العراقيون إلى انه ينعقد فاسداً ، ثم ينقلب صحيحاً ، بحذف خيار الشرط قبل اليوم الرابع وذهب أهل خراسان وإليه مال شمس الأئمة السرخسي إلى انه موقوف ، فإذا مضى جزء من اليوم الرابع فسد ، فقول المصنف انه اسقط المفسد قبل تقرره تعليل على الرواية الأولى، وذكر النظير لهذا بقوله (كما إذا باع بالرقم واعلمه في المجلس) الرقم في الاصل الكتابة والختم ، وفي المغرب التاجر يرقم الثياب أي يعلمها بأن ثمنها كذا و كذا ، والمقصود هاهنا ان يعلم البائع على الثوب بعلامة كالكتابة يعلم بها الدلال أو غيره ثمن الثوب ، ولا يعلم المشترى ذلك .

فإن قال بعتك هذا الثوب برقمه ، قبل للمشترى من غير أن يعلم المقدار انعقد البيع فاسداً ، فإن علم المشترى قدر الرقم في المجلس ، وقبل انقلب جائزاً بالإتفاق قوله (ولأن الفساد باعتبار اليوم الرابع) تعليل على الرواية الثانية ، وتقريره ان اشتراط الخيار غير

فإذا أجاز قبل ذلك لم يتصل المفسد بالعقد ، ولهذا قيل إن العقد يفسد بمضي جزء من اليوم الرابع ، وقيل ينعقد فاسداً ثم يرتفع الفساد بحذف الشرط ، وهذا على الوجه الأول ، ولو اشترى على أنه لم ينقد الثمن إلى ثلاثة أيام فلا بيع بينهما جاز ، وإلى أربعة أيام لا يجوز عند أبي حنيفة وأبي يوسف

مفسد للعقد ، وإنما المفسد باعتبار اليوم الرابع بالأيام الثلاثة (فاذا جاز قبل ذلك لم يتصل المفسد بالعقد) فكان صحيحاً (ولهذا قيل) متصل بقوله ،ولان الفساد وهو الذى قرر على مذهب الخراسانيين وهو (ان العقد يفسد بمضي جزء من اليوم الرابع) على ما تقرر آنفاً .

(وقيل ينعقد فاسداً) هـذا على مذهب العراقيين (ثم يرتفع الفساد بحذف الشرط) على ما مر أيضاً (وهذا) أى القول بانعقاده فاسداً ، ثم ارتفاع الفساد بحذف الشرط إنما يستقيم (على الوجه الاول) أى التعليل الاول ، وهو قوله اسقط المفسد إلى آخره ، وأما على التعليل الثاني وهو قوله ، لان الفساد ، إلى آخره فلا يستقيم ، لانه لم ينعقد فاسداً فلا يمكن ارتفاع الفساد بحذف الشرط ، والجواب عما قاس عليه زفر من المسائل ان للفساد فيها في صلب العقد ، وهو البدل ، فلم يمكن دفعه ، وفي مسألتنا في شرطه فأمكن (ولو اشترى على انه ان لم ينقد الثمن إلى ثلاثة أيام فلا بيع بينهما جاز) ويسمى هذا خيار النقد ،والقياس يأبى جوازه وبه أخذ زفر والشافعي ومالك واحمد رضي الله عنهم ، لأنه شرط لا يقتضيه العقد على ما يجيء .

(وإلى أربعة أيام) يعني لو قال أن لم ينقد الثمن إلى أربعة أيام فلا بيع بيننا (لا يجوز عند أبي حنيفة وأبي يوسف) قال الأترازي ذكر المصنف قول أبي يوسف مع أبي حنيفة كما ترى ،وكذلك ذكر الشهيد أيضاً في شرح الجامع الصغير ، ولم يذكر محمد خلاف أبي يوسف في أصل الجامع الصغير ، وهذا الذي ذكره قول أبي يوسف الأول ، وروى الحسن ابن أبي مالك عن أبي يوسف أنه رجع عن هذا القول ، وقال يجوز البيع كما هو قول

وقال محمد يجوز إلى أربعة أيام أو أكثر ، فإن نقد في الثلث جاز في قولهم جميعاً والاصل فيه أن هذا في معنى اشتراط الخيار ، إذ الحاجة مست إلى الإنفساح عند عدم النقد تحرزاً عن المماطلة في الفسخ ، فيكون ملحقاً به ، وقد مر أبو حنيفة على أصله في الملحق بـــه ، ونفى الزيادة على الثلاث ،

محمد كذا ذكر الفقيه أبو الليث في شرح الجامع الصغير .

ولهذا المعنى قال صاحب المنظومة : واضطرب الأوسط فيه فاعقل .

(وقال محمد يجوز إلى أربعة أيام أو أكثر) كما يجوز عند شرط الخيار أربعة أيام أو أكثر (فان نقد) أي المشتري الثمن (في الثلاث) أي في ثلاثة أيام في المسألة المذكورة (جاز في قولهم جميعاً) أي في قول أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد رحمهم الله تعالى (والأصل فيه) أي في الشراء لشرط أنه إذا لم ينقد الثمن إلى ثلاثة أيام فلا بيع بينهما (ان هـــذا) أي الشراء بهذا الشرط (في معنى اشتراط الخيار) لأن معنى الخيار نقـد الثمن ، على تقدير اجازة البيع ، وعدم نقده على تقدير فسخ البيع ، وكذا هاهنا إن شاء نقد الثمن فتم البيع ، وإن شاء لم ينقد فانفسخ البيـع .

(إذ الحاجة مست إلى الإنفساخ عند عدم النقد تحرزاً عن المماطلة) أي عن المدافعة (في الفسخ) وهذا تعليل لقوله ، الحاجة مست إلى الإنفساخ عند عدم النقد ، كأنه ذكر هذا جواباً لسؤال يرد عليه ، بأن يقال لا نسلم أن الحاجة ماسة إلى الإنفساخ لأن الحاجة تندفع بالشرط بشرط الخيار ، لأنه إذا اشترى بالخيار إن شاء جـاز وإن شاء فسخ ، ولا حاجة إلى تصحيح هذا العقد بـــلا حاجة ، فقال في جوابه هذا أن الفسخ يكون بالشراء لشرط الخيار ، لكن ليس لمن له الخيار أن يفسخ بغير حضرة صاحبه عند أبي حنيفـــة ومحمـــد ، فتحصل المماطلة حينئذ في الفسخ ، فاذا كان كذلك (فيكون ملحقاً به) أي بخيار الشرط .

(وقد مر أبو حنيفة على أصله في الملحق به) وهو شرط الخيار (ونفي الزيادة على الثلاث)

وكذا محمد في تجويز الزيادة وأبو يوسف أخذ في الأصل بالاثر ، وفي هذا بالقياس وفي هـــذه المسألة قياس آخر ، واليه قال زفر ، وهو انه بيع شرط فيه إقالة فاسدة لتعلقها

فكذا في الملحق ، وهو خيار النقد ، والحاصل أن أبا حنيـــفة مشى على أصله في شرط الخيار ، حيث لا يجوز عنده أكثر من ثلاثة أيام ، فكذا ما هو في معناه إلا إذا نقدالثمن في الثلاث ، فكان البائع جائز الإنقطاع المفسدة . (وكذا محمد) أي وكذا مر محمدعلى أصله (في تجويز الزيادة) في الأصل والملحق به ، لأن عنده يجوز شرط الخيار أكثر من ثلاثة أيام إذا كانت المدة معلومة فكذا ما كان في معناه .

(وأبو يوسف أخذ في الأصل بالأثر) أي أخذ في ثلاثة أيام في قوله ان لم ينقد الثمن الى ثلاثة أيام فلا بيع بيننا بالأثر ، أي بما روي عن ابن عمر رضي الله عنهما ، نقله الفقيـه أبو الليث في شرح الجامع الصغير عن محمد بن الحسن عن عبد الله بن المبارك عن ابن جريج عن سليمان مولى ابن البرصاء قال بعت من عبد الله بن عمر جارية على أنه ان لم ينقد الثمن الى ثلاثة أيام فلا بيع بيننا ، فأجاز ابن عمر هذا البيع ، ولم يرو عن أحـــد من نظرائه خلافه .

(وفي هذابالقياس)أي أخذ في الزائد على ثلاثة أيام في خيار النقـد بالقياس ، يعني النص مقيد بالثلاث في خيار النقد ، وما ورد النص في خيـــار النقد في الزيادة ، وقال الأترازي أبو يوسف مر على أصله أيضاً على قوله المرجوع اليه ،ولكنه فرق هو بين هـذا وبين شرط الخيار على قوله الأول ، حيث جوز الزيادة على الثلاثة في شرط الخيار. ولم يجوز هاهنالأنه اتبع أثر ابن عمر وهو الذي ذكرناه،ولم يتجاوز حد الأثر وفيما زاد على ذلك أخذ بالقياس،لأن القياس أن لا يصح هذا البيع أصلا كما قال زفر لانه بيع شرط فيـــه اقالة فاسدة ، وهي اقالة معلقة بالشرط ، والبيع بشرط الإقالة الصحيحة باطـــل فبشرط الإقالة الفاسدة أولى .

(وفي هذه المسألة) المذكورة (قياس آخر واليه) أي والى هذا القياس (مال زفر وهو) أي هذا القياس (أنه بيع شرط فيــه) أي في البيع (اقالة فاسدة لتعلقها) أي

بالشرط ، واشتراط الصحيح منها فيه مفسد للعقد ، فاشتراط الفاسد أولى ، ووجه الإستحسان ما بينا .

لتعلق الإقالة (بالشرط) وهو عدم النقد (واشتراط الصحيح منها) أي من الإقالة بأن قال بعتك هذا بشرط أن يقبل البيع (فيه مفسد للعقد فاشتراط الفاسد)وهو تعليق البيع بالإقالة المعلقة (أولى) بأن يفسد البيع .

(ووجه الإستحسان ما بينا) يعني أن هذا البيع لا يجوز الى ثلاثة أيام أيضاً قياساً، كما قال زفر ولكنا جوزناه استحساناً ، ووجهه ما بينا ، وهو أن الحاجة مست الى الإنفساخ عند عدم النقد ، كذا قاله الأترازي، وقال الاكمل وجه الاستحسان أن هذا في معنى شرط الخيار من حيث الحاجة ، اذ الحاجة مست الى الإنفساخ عند عدم النقد تحرزاً عن المماطلة في الفسخ ، اذا كان في معناه كان ملحقاً به، ورد بانا لا نسلم أنه في معناه ، لان هناك لو سكت حتى مضت المدة تم العقد ، وهاهنا لو سكت حتى مضت المدة بطل ، وأجيب بأن النظر في الإلحاق انما هوالى المعنى المناط للحكم، وهو الحاجة وهي موجودة فيهما ، وأما الزائد على ذلك فلا معتبر به .

وقال القاضي الامام ظهير الدين رحمه الله في فوائده هاهنا مسألة لا بد من حفظها ، وهي أنه اذا لم ينقد الثمن الى ثلاثة ايام يفسد البيع ، ولا تنفسخ حتى لو أعتقه المشتري وهو في يده نفذ عتقه ، وان كان في يد البائع لا ينفذ ، ثم لو كان هذا الشرط للبائع بأن اشترى رجل عبداً ونقد الثمن على أن البائع ان رد الثمن فلا بيع بينهما جاز البيع بهذا الشرط ، ويصير بمنزلة خيار الشرط ، حتى اذا قبض المشتري المبيع يكون مضموناً عليه بالقيمه ، ولو اعتقه المشتري لا ينفذ عتقه ، ولو أعتقه البائع ينفذ .

وفي المجتبي لو قال أحدهما البيع جعلتك بالخيار ثلاثة أيام صح بالاجماع ، ولو زاد أو أطلق فسد البيع عند أبي حنيفة وزفر والشافعي كالشرط الفاسد الملحق بالبيع الصحيح.

وقال أبو يوسف ومحمد وأحمد يجوز ، كما في شرط الخيار ، ولو قال البائع خذه وانظر اليه اليوم فان رضيته أخذته بعشرة فهو خيار باع على أنه بالخيار ، على أن له أن

قال وخيار البائع يمنع خروج المبيع عن ملكه لان تمام هذا السبب بالمراضاة، ولا تتم مع الخيار، ولهذا ينفذ عتقه، ولا يملك المشترى التصرف فيه، وإن قبضه بإذن البائع فلو قبضه المشتري وهلك في يده في مدة الخيار ضمنه بالقيمة لان البيع ينفسخ بالهلاك، لانه كان موقوفاً ولا نفاذ بدون المحل، فبقي مقبوضاً في يـــده على سوم الشراء، وفيه القيمة،

يغله ويستخدمه جاز وهو على خياره، وعلى أن يأكل من ثمـــره لا يجوز لأن الثمر له حصة من الثمن.

(وخيار البائع يمنع خروج المبيع عن ملكه، لان تمام هـــذا السبب) أي العلة (بالمراضاة) لكونه الرضاء داخلاً في حقيقته الشرعية.

(ولا تتم) أي المراضاة (مع الخيار) لان البيـع به يصير به علة اسماً ومعنى لا حكماً، فمنع ابتداء الحكم به، وهو الملك فبقي على ملك صاحبه (ولهذا) أي ولأجل كونه على ملك صاحبه (ينفذ عتقه) أى عتق البائع (ولا يملك المشتري التصرف فيــه وإن قبضه بإذن البائع) لأجل خيار البائع (فلو قبضه المشتري وهلك في يده في مدة الخيار ضمنه بالقيمة) وبه قال الشافعي في الوجه المشهور، ومالك.

وفي وجه ضمنه بالثمن، وهو قياس قول احمد، وقال ابن أبي ليلى لا يضمنه لأنـــه قبضه بإذن المالك فيكون أميناً فلا ضمان عليه (لأن البيـع ينفسخ بالهلاك) والمنفسخ به مضمون بالقيمة، وذلك لأن المعقود عليه بالهلاك صار إلى حالة لا يجوز ابتداء العقد عليه فيها، فلا تلحقها الإجارة، وهو معنى قوله (لأنه كان موقوفاً) أى في حق الحكم (ولا نفاذ بدون المحل) كأنه جواب سؤال مقدر، كأنه قيل: لم صار موقوفاً فأجاب أنـــه لا نفاذ للحكم بدون المحل لأنه فان بالهلاك، فإذا كان كذلك (فبقى مقبوضاً في يـــده على سوم الشراء) أى على طلب المشتري، (وفيـــه) وفي المقبوض على سوم المشتري يجب (القيمة) لأنه مقبوض بالعقد، هذا إذا لم يكن مثليـــاً وإن كان مثلياً يجب المثل، كذا في شرح الأقطع وغيره.

ولو هلك في يد البائع انفسخ البيع ولا شيء على المشتري اعتباراً بالصحيح المطلق. قال وخيار المشترى لا يمنع خروج المبيع عن ملك البائع لان البيع في جانب الآخر لازم ، وهذا لان الخيار يمنع خروج البـــدل عن ملك من له الخيار ، لانه شرع نظراً له دون الآخر. قـــال الا ان المشتري لا يملكه عند أبي حنيفة ، وقالا يملكه لانه

وقال الكاكي وفي اليتيمة أن المقبوض على سوم المشترى إنما يكون مضموناً إذا كان الثمن مسمى ، حتى أنـــه إذا قال قد اذهب بهذا الثوب ، فان رضيته اشتريته فذهب فهلك لا يضمن . ولو قال ان رضيته اشتريته بعشرة فذهب به فهلك ضمن قيمته ، وعليه الفتوى .

(ولو هلك في يد البائع انفسخ البيع ولا شيء على المشترى اعتباراً بالصحيح) أى البيع الصحيح (المطلق) أى المطلق عن الخيار ، وهو البيع البات ، فان البيع فيه لو هلك في يد البائع ينفسخ البيع ، فكذا هذا ، وإنما ذكر الصحيح مع ان الحكم في الفاسد كذلك حملاً لحال المسلم على الصلاح إذ الصحيح أليق به دون الفاسد (قال) أى القدورى (وخيار المشترى لا يمنع خروج المبيع عن ملك البائع) وهذا بالإتفاق (لأن البيع في جانب الآخر لازم) الآخر هو البائع .

ومعنى لازم ثابت اتمام المرضي منه حتى لا يتمكن البائع من الفسخ (وهذا) أى منع خروج المبيع عن ملك البائع عند خيار المشترى (لان الخيار إنما منع خروج البدل عن ملك من له الخيار ، لأن الخيار انما يمنع خروج البدل عن ملك من له الخيار ، لأنه شرع نظراً له دون الآخر) يعني لم يشرع للآخر الذي ليس له الخيار ، لأن الخيار مانع للحكم في جانب من الخيار لا في جانب من ليس له الخيار .

(قال) أى القدورى (إلا أن المشترى لا يملكه) أى المبيـــع (عند أبي حنيفة وقالا يملكه) وبه قال الشافعي رضي الله عنه في قول ومالك وأحمد (لانه) أى لان المبيع

لما خرج عن ملك البائع فلو لم يدخل في ملك المشترى يكون زائلا لا إلى مالك ولا عهد لنا به في الشرع، ولابي حنيفة انه لما لم يخرج الثمن عن ملكه، فلو قلنا بأنه يدخل المبيع في ملكه لاجتمع البدلان في ملك رجل واحد، حكماً للمعاوضة، ولا أصل له في الشرع، لان المعاوضة تقتضى المساواة ولان الخيار شرع نظراً للمشترى ليتروى فيقف على المصلحة، ولو ثبت الملك ربما يعتق عليه من غير اختياره، بأن كان قريبه

(لما خرج عن ملك البائع فلو لم يدخل في ملك المشتري يكون زائلاً لا إلى مالك ولا عهد لنا به) بعين غير معهود (في الشرع) فصار كالسائبة .

(ولأبي حنيفة أنه) أي الشأن (لما لم يخرج الثمن عن ملكه) أي عن ملك المشترى (فلو قلنا بأنه يدخل المبيع في ملكه) أى في ملك المشترى (لاجتمع البدلان) أي الثمن والمثمن (في ملك رجل واحد حكماً للمعاوضة) يعني من حيث حكم المعاوضة ، واحترز به عن ضمان غصب المدبر ، لان الضمان يجب على الغاصب إذا أبق العبد، لا يخرج المدبر عن ملك مولاه فيجتمع البدلان لان ذلك ضمان بجناية لا ضمان معاوضة .

فان قلت المسلم إليه يملك رأس المال والمسلم فيه في ملكه قلت المسلم فيه يملك رب السلم في ذمة المسلم إليه ، لان له حكم الثمن ولهذا جاز فيه صنوب الاجل وهو كسائر البياعات فإن البائع يملك الثمن في ذمة المشتري فلا يجتمع البدلان فإن قلت يرد عليكم إجتماع الاجرة والمنافع في ملك المؤجر إذا شرط تعجيل الاجرة قلت لا نسلم الإجتماع لان المنافع معدومة فكيف يكون الاجتماع فاذا حدثت ملكها المستأجر ولا اجتماع إذن.

(ولا أصل له في الشرع) أى الاصل لاجتماع البدلين في ملك رجل واحد حكماً للمعاوضة (لان المعاوضة تقتضي المساواة) يعني المساواة المكفية ، وهي أن يدخل المبيع في ملك المشترى، والثمن في ملك البائع (ولان الخيار شرع نظراً للمشتري ليتروى) أى ليتأمل ويتفكر (فيقف على المصلحة ولو ثبت الملك) أى في ملك المشترى (ربما يعتق عليه بغير اختياره) لا له (بأن يكون) أى المبيع (قريبه) فينفق عليه من غير

فيفوت النظر قال فإن هلك في يده هلك في الثمن ، وكـــذا إذا
دخله عيب بخلاف

اختياره (فيفوت النظر) لان الامر يتردد على موضوعة بالنقض .

واما الجواب عن قوله لا نظير له في الشرع، قلنا يبطل ذلك بمـــا اذا اشترى متولى الكعبـــة عبيداً لسدانتها حيث يزول عن ملك البائع ولا يدخـــل في ملك المشترى ، ويبطل أيضاً بالتركة المستغرقة بالدين، لأن التركة تزول عـــن ملك الميت، ولا تدخل في ملك الورثة ، فإن قيل لو لم يثبت الملك للمشتري ينبغي أن لا يكون له حق الشفعة بـــه ، كما لا يستحق الشفعة بدار السكنى ، وكان له حق الشفعة بالإجماع قلنا إنما تستحق الشفعة لأنه بشرائها صار أحق بها تصرفاً ، لا انه ملكها بمنزلة العبد المأذون إذا بيعت دار بجنبه فإنه يستحق الشفعة بهذا الشراء وإن لم يثبت له الملك ، ولهـــذا لو أعتقه المشتري ينفذ عتقه لأنـــه صار أحق بالتصرف فيه ، واقدامه على الإعتاق اسقاط الخيار منـــه ، كذا في المبسوط .

(قال) أي القدوري (وإن هلك في يده) أي وإن هلك المبيع في يـــد المشتري (هلك بالثمن) سواء هلك في مدة الخيار أو بعدها فعليه الثمن في الوجهين ، كذا قال فخر الإسلام في شرح الجامع .

وقال زفر والشافعي رضي الله عنهما في قول يهلك بالقيمة كخيار البائع، ونقل الاترازي عن المختلف ان عنـــد الشافعي رضي الله عنه يجب عليه القيمة إذا هلك في المـــدة ،

(وكذلك إذا دخله عيب) أي ، وكذلك يجب الثمن إذا دخل المبيـــع عيب في مدة الخيار فتعذر رده يلزمه الثمن لانبرام العقد .

وقال الكرخي في مختصره وإذا قبض المشتري المبيع فدخله في يده عيب ينقص القيمة من فعل المشتري أو غير فعله تم البيـــع عليه ، ويلزمه الثمن .

وفي الإيضاح إذا كان الخيار للمشتري فحدث في ملكه عيب يجوز ارتفاعه كالمرض فهو على خياره، لانه إذا زال المرض ارتفع النقص، فصار كأن لم يكن ، وليس له أن يفسخ الا أن يرفع في الثلاث ، فإذا مضت الثلاث والعيب قائم لزم العقـــد لتعذر الرد (بخلاف

ما إذا كان الخيار للبائع ، ووجه الفرق أنه إذا دخله عيب يمتنع الرد والهلاك ، لا يعرى عن مقدمة عيب فيهلك والعقد قد انبرم فيلزمه الثمن ، بخلاف ما تقدم ، لأن بدخول العيب لا يمتنع الرد حكماً لخيار البائع فيهلك ، والعقد موقوف

ما إذا كان الخيار للبائع) يعني إذا كان الخيار للبائع وهلك المبيع في يد المشتري في مدة الخيار يجب القيمة .

(ووجه الفرق) يعني بين ما إذا كان الخيار للمشتري وهلك في يده حيث يجب الثمن وبين ما إذا كان الخيار للبائع وهلك في يد المشتري في مدة الخيار حيث يجب القيمة (انه) أي ان المبيع (إذا دخله عيب) في يد المشتري والخيار له (يمتنع الرد والهلاك لا يعرى عن مقدمة عيب) لأنه بناء على سبب مفض اليه .

بيانه ان الهلاك لا يعرى عن عيب يسبق الهلاك ، وذلك بسبب عيب فيكون المبيع معيباً حين أشرف على الهلاك ، فبالعيب امتنع رده (فيهلك والعقد قد انبرم) أي والحال ان العقد قد تم ولزم ، ولفظ انبرم مطاوع ابرم الأمر إبراماً إذا احكمه ، فإذا كان كذلك (فيلزمه الثمن) أي فيلزم المشترى الثمن الذي وقع عليه العقد (بخلاف ما تقدم) وهو ما إذا كان الخيار للبائع فهلك في يد المشتري .

(لأن بدخول العيب) قبل الهلاك (لا يمتنع الرد حكماً) أي من حيث الحكم (لخيار البائع) أي لأجل خياره فلما لم يمتنع الرد لم يكن العقد منبرماً (فيهلك والعقد موقوف) حينئذ ، فيلزمه القيمة ، لأنه ليس بأدنى حالاً من المقبوض على سوم الشرط ولم يلزمه الثمن لعدم انبرام العقد .

وقال الكاكي ثم هذا في عيب لا يرتفع في مدة الخيار ، كقطع اليد ، وأما لو كان عيباً يجوز ارتفاعه كالمرض فهو على خيار إذا زال في المدة ، فله الفسخ بعد ارتفاعه ، ولو لم يرتفع بعد مضى المدة لزم العقد لتعذر الرد ، كذا في الإيضاح .

وعن أبي يوسف يبطل خيار المشترى في كل عيب بأي وجه كان ، إلا في خصلة ،

قــال ومن اشترى امرأته على انه بالخيار ثلاثة أيام لم يفسد النكاح لأنه لم يملكها لمـــا له من الخيار وإن وطئها له أن يردها لأن الوطء بحكم النكاح إلا إذا كانت بكراً لأن الوطء ينقصها

وهي ان النقصان إذا حصل في يد المشتري بفعل البائع فلا يبطل خياره ، إن شاء رده وإن شاء أجاز البيع وأخذ من البائع الأرش ، وفي زيادة متصلة متولده في المبيع كالحسن والجمال وغيرهما يبطل خياره ، ويفسد المبيع عند أبي حنيفة وأبي يوسف .

وقال محمد لا يمنع الرد وهو على خياره ، ولو كانت الزيادة متصلة غير متولده منه ، كالصبغ والخياطة وغيرهما لا يمنع الرد بالإجماع ، ولو كانت الزيادة منفصلة متولدة منـــه كالولد ، والأرش ، والعقر ، والتمر ، واللبن والصوف يمنع الرد ، ويبطل الخيار ، وينعقد العقد .

ولو كانت الزيادة منفصلة غير متولدة كالكسب ، والغلة ، والصدقة ، والهبة ، لا يمنع الرد ، وهو على خياره ، إلا انه اذا اختار للبيع فالزوائد له مع الأصل ، وإلا اختار الرد يرد الأصل مع الزوائد عند أبي حنيفة . وعندهما الأصل دون الزوائد .

(قال) أي محمد في الجامع الصغير (ومن اشترى امرأته على انه بالخيار ثلاثة أيـام لم يفسد النكاح) هذه مسائل تترتب على الأصل المتقدم ذكره ، وهو ان الخيار إذا كان للمشتري يخرج المبيع عن ملك البائع ولا يدخل في ملك المشتري عنـد أبي حنيفة ، وعندهما يدخل ، فعلى هذا إذا اشترى امرأته على انه بالخيار ثلاثة أيام لم يفسد النكاح (لأنه لم يملكها) أي لأن الزوج لم يملك امرأته .

(لما له من الخيار ، وإن وطئها له ان يردها) وقال أبو يوسف ومحمد يفسد النكاح ،فإن وطئها لم يستطع ردها ، وتأويل المسألة فيما إذا كانت المرأة ثيباً ، لأنها إذا كانت بكراً يأتي حكمها عن قريب ، وإنما يجوز له ردهـــا عند أبي حنيفة (لأن الوطء بحكم النكاح) وليس بحكم ملك اليمين حتى يسقط الخيار .

(إلا إذا كانت بكراً) استثناء من قوله له ان يردها اي إذا كانت المرأة بكراً ليس له أن يردها (لأن الوطىء ينقصها) فصار بمنزلة اختيار جزء منهـــا ، فان قيل رضي

وهـــذا عند أبي حنيفة ، وقالا يفسد النكاح لأنـــه ملكها وإن وطئهـــا لم يردهـا لأن وطأهـــا بملـك اليمـــين فيمتنع الرد وإن كانت ثيباً ، ولهذه المسألة أخوات كلها تبتنى على وقوع الملك للمشتري بشرط الخيار وعدمه عتق المشترى على المشتري إذا كان قريباً له في مدة الخيار ، ومنها عتقه إذا كان

بالنقصان لانه لما زوجها فقد مكنها على الوطىء ، وإذا ثبت الخيار فقد تمكن من الرد فيكون راضياً بالنقصان ، لأنه لما زوجها قلنا لا نسلم ان الرضاء باق بعدما باعهـــا ، بل لا يتقي .

وللشافعي رضي الله عنه في حل وطئها وجهان ، أحدهما يجوز والثاني لا يجوز ، وهو نصه ، اما لو كان البيع غير امرأته لم يحل للمشتري وطؤها على الأقوال كلها .

وقال أحمد لا يحل للبائع أيضاً (وهـــذا) أي المذكور إلى هنا (قول أبي حنيفة ، وقالا يفسد النكاح لأنه ملكها) أي لأن المشترى ملك امرأته (وإن وطئها لم يردها لأن وطأها بملك اليمين فيمتنع الرد وإن كانت ثيباً) لأنه كان مختاراً لها ، سواء كان الوطىء ينقصها أو لم ينقصها لأنه وطئها بملك اليمين والنكاح عندهما قد ارتفع واجمعوا على انه لو لم تكن امرأته بوطئها يصير مختاراً سواء نقصها الوطىء أو لم ينقصها لأنه يحصل وطئهـا بملك اليمين .

(ولهذه المسألة أخوات) أي نظائر (كلها تبتنى على وقوع الملك للمشتري بشرط الخيار) كما هو مذهبها (وعدمه) أي وتبتنى على عدم وقوع الملك للمشتري كما هومذهب أبي حنيفة « رح » (منها) أي من الأخوات (عتق المشترى) بفتح الراء (على المشتري) بكسر الراء (إذا كان) أي المشترى (قريباً له) أي للمشتري (في مدة الخيار) يعني إذا اشترى ذا رحم محرم منه بشرط الخيار لا يعتق عليه في مـدة الخيار لأنه لم يملكه ، وخياره كما كان ، فإن فسخ البيع عاد إلى ملك البائع ، وإن أجازه عتق عليـــه ولزمه الثمن وعندهما يعتق عليه من زمان الشراء لأنه ملكه ويلزمه الثمن ولا يبقى خياره .

(ومنها) أي من الأخوات (عتقـــه) أي عتق المشترى بفتح الراء (إذا كان

المشتري حلف إن ملكت عبداً فهو حر بخلاف ما إذا قال إن اشتريت لأنه يصير كالمنشىء للعتق بعد الشراء فيسقط الخيار ، ومنها أن حيض المشتراة في المدة لا يجتزىء به في الاستبراء عنده ، وعندهما يجتزىء ، ولو ردت بحكم الخيار إلى البائع لا يجب عليه الاستبراء عنده

المشتري) بكسر الراء (حلف إن ملكت عبداً فهو حر) يعني إذا قال إن ملكت عبداً فهو حر ثم اشترى عبداً بشرط الخيار لا يعتق عند أبي حنيفة « رح » في مدة الخيار لأنه لم يملكه خلافاً لهما (بخلاف ما إذا قال إن اشتريت) عبداً فهو حر فاشتراه بالخيار يعتق عليه ويبطل خياره ويلزمه الثمن بالإجماع (لأنه يصير كالمنشىء) من الانشاء وهو إثبات أمر لم يكن (للعتق بعد الشراء) لان المعلق بالشرط كالمرسل عنده ، ولو انشأ العتق بعد الشراء بالخيار عتق .

(ويسقط الخيار) فكذا هذا فإن قيل لو كان كالمنشىء ينبغي أن ينوب عن الكفارة إذا اشترى المحلوف عليه يعتقه ناوياً عن الكفارة، أجيب بأنه إنما جعل كالمنشىء لتصحيح قوله فهو حر وليس من ضرورة تحريره وقوعه عن الكفارة بعد استحقاقه الحرية وقت اليمين لأنه كالمدبر في الإستحقاق ، وفيه يعمل الإنشاء للعتق لا عن الكفارة فكذلك هذا .

(ومنها) أي ومن الأخوات (أن حيض المشتراة في المدة) أي في مدة الخيار (لا يجتزىء به) أي لا يكتفى به يعني إذا اشترى جارية بالخيار ثلاثة أيام وقبضها فحاضت عنده في مدة الخيار فاختارها وصارت للمشتري فلا يجتزى بتلك الحيضة (في الاستبراء) وعليه أن يستبرئها بحيضة أخرى (عنده) أي عند أبي حنيفة « رح » (وعندهما يجتزىء) بها في الاستبراء .

(ولو ردت) أي الجارية يعني إن اختار المشتري فسخ العقد وعادت الجارية (بحكم الخيار إلى البائع لا يجب عليه) أي على البائع (الاستبراء عنده) أي عند أبي حنيفة

وعندهما يجب إذا ردت بعد القبض . ومنها إذا ولدت المشتراة في المدة بالنكاح لا تصير أم ولد له عنده خلافاً لهما

« رح » سواء كان الفسخ قبل القبض أو بعده لأنه لم يملكها على البائع غيره عند أبي حنيفة « رح » (وعندهما يجب) أي الإستبراء (إذا ردت بعد القبض) بحكم الفسخ ، لأن المشتري ملكها ، وإن كان الفسخ قبل القبض لا يجب عليه شيء ، وإن كان الخيار للبائع ففسخ العقد فلا يجب عليه الإستبراء لأنها لم تخرج من ملكه ، فإن أجاز البيع فعلى المشترى أن يستبرئها بعد جواز البيع ، والقبض بحيضة مستأنفة في قولهم جميعاً كذا في شرح الطحاوي .

(ومنها) أي من الأخوات (إذا ولدت المشتراه في المدة بالنكاح لا تصير أم ولد له عنده) أي عند أبي حنيفة « رح » (خلافاً لهما) قال صاحب النهاية لا بد من أحد تأويلين إما أن يكون معناه اشترى منكوحة وولدت في مدة الخيار قبل قبض المشترى أو يكون اشترى الأمة التي كانت منكوحته وولدت منه ولداً قبل الشراء ثم اشتراها بشرط الخيار لا تصير أم ولد له في مدة الخيار عنده خلافاً لهما ، وعلى هذا كان قوله في المدة ظرفاً لقوله لا تصير أم ولد له لا ظرف الولادة .

وقال الأكمل رحمه الله وتقدير كلامه إذا ولدت المشتراة بالنكاح لا تصير أم ولد له في مدة الخيار ، وفيه تعقيد لفظي كما ترى قال إنما احتجنا إلى أحد الأمرين لأنه لو أجرينا على ظاهر اللفظ ، وقلنا إذا اشترى منكوحته بشرط الخيار وقبضها ثم ولدت في مدة الخيار يلزم البيع بالإتفاق ويبطل خيار الشرط ، لأن الولادة عيب ولا يمكن ردها بعدما تعيبت الجارية في يد المشتري بشرط الخيار

وقال الاترازي « رح » ظاهر كلام المصنف مشكل لان المشتراة بشرط الخيار إذا ولدت في مدة الخيار يبطل الخيار ويلزم الثمن لحدوث العيب لأن الولادة عيب في بني آدم لا في البهائم إلا أن يوجب نقصاناً فينبغي على هذا أن تصير الجارية بالولادة في المدة أم ولد بالاتفاق لأن المبيع إذا تعيب في يد المشتري لا يمكنه أن يرده كما قبض سليماً فعلى هذا يقول إن المشتراة ولدت بالنكاح في مدة الخيار لكن الولادة كانت قبل القبض ، فلا

ومنها إذا قبض المشتري المبيع بإذن البائع ثم أودعه عنـــد البائع فهلك في يده في المدة هلك من مال البائع لارتفاع القبض بالرد ، لعدم الملك عنده وعندهما من مال المشتري لصحة الإيداع باعتبار قيام الملك

تصير أم ولد عنده خلافاً لهما ، وإنما حملنا على هذا الاحتمال كلامه ، لأن الولادة إما أن تقع بعد القبض أو قبله .

وللمصنف « رح » أن يقول أردت أحد هذين الوجهين ، وقال الكاكي « رح » قوله إذا ولدت المشتراة في المدة بالنكاح هذا إذا ولدت قبل القبض فإنه ذكر في المبسوط ولو ولدت عند المشتري ينقطع خياره لأنها تعيبت بالولادة وتصير أم ولده بالإجماع ، فهذا دليل على أن ما ذكر في المتن إذا كانت الولادة قبل القبض ، وعند الشافعي رضي الله عنه تصير أم ولد له على أحد القولين ، وقال تاج الشريعة « رح » أيضاً هذا إذا كانت الولادة قبل القبض لأنها لو ولدت بعده يسقطه الخيار ويثبت الملك للمشتري بالاتفاق وتصير أم ولد له ، قلت لو قيل عقيب قوله لو ولدت المشتراة إلى آخره يعني قبل القبض لحصل المراد واكتفى عن تطويل الكلام .

(ومنها) أي ومن الأخوات (إذا قبض المشترى المبيع بإذن البائع) يعني اشترى شيئاً بعينه على أنه بالخيار ثلاثة أيام فقبضه بإذن البائع (ثم أودعه عند البائع) في مدة الخيار (فهلك في يده) أي فهلك المبيع في يد البائع (في المدة) أى في مدة الخيار أو بعدها (هلك من مال البائع لارتفاع القبض بالرد لعدم الملك عنده) لأن الوديعة لم تصح لعدم ملك المودع ، وإذا ارتفع القبض كان هلاك المبيع قبل القبض وأنه من مال البائع لأن من مذهب أبي حنيفة « رح » أنه لم يملكه المشتري .

(وعندهما من مال المشترى) أى الهلاك يكون من مال المشترى (لصحة الإيـــداع باعتبار قيام الملك) لأن المشترى يملكه فصار مودعـــاً ملك نفسه ، فصار هلاكه في يد المودع كهلاكه في يده ، لأن يد المودع كيده ، ولو كان الخيار للبائع فسلمه إلى المشترى ثم إن المشترى أودعه البائع في مدة الخيار ثم هلك في يد البائع قبل جواز البيع أو بعده

ومنها لو كان المشتري عبداً مأذونـــاً له فأبرأه البائع عن الثمن في المدة بقي خياره عنده لأن الرد امتناع عن التمليك والمأذون له يليه ، وعندهما بطل خياره لأنه لما ملكه كان الرد منه تمليكاً بغير عوض وهو ليس من أهله ،

يبطل البيع في قولهم جميعاً ، ولو كان البيع باتا فقبضه المشترى بإذن البائع أو بغير إذنه والثمن منقود أو مؤجل وله فيه خيار الرؤية أو خيار العيب فأودعه البائع فهلك في يـد البائع هلك على المشترى ولزمه الثمن بالإجماع لأن خيار الرؤية وخيار العيب لا يمنعان وقوع الملك فصار مودعاًملك نفسه كذا في شرح الطحاوى .

(ومنها) أى من الأخوات (لو كان المشترى عبداً مأذوناً له فأبرأه البائع عن الثمن في المدة بقي خياره عنده) أى عند أبي حنيفة رحمه الله بيانه عبد مأذون له في التجارة اشترى من حر سلعة بدراهم معلومة على أنه بالخيار ثلاثة أيام ثم إن البائع أبرأه عن الثمن، فالقياس أن لا يصح إبراؤه لأنه لا يملك الثمن ، وفي الإستحسان صح إبراؤه لأنــه حصل بعد وجود سبب الملك وهو العقد فإذا صح إبراؤه ففي قول أبي حنيفة « رح » خيــاره على حاله إن شاء اختار السلعة وتكون له بغير ثمن وإن شاء فسخ وعـــاد إلى البائع بغير ثمن ، وعندهما بطـــل خياره ولا يملك الفسخ والرد لان مذهبهما أنه ملكها ، وفي الفسخ والرد تمليك منه للبائع بغير بدل وهو ليس من أهل ذلك ، وعند أبي حنيفة « رح » لم يملك فيكون في الفسخ والرد امتناع عن التمليك .

(لأن) كمالك(الرد)يكون له في الفسخ والرد (امتناع عن التملك والمأذون له يليه) أى الامتناع أى له ولاية الامتناع (وعندهما بطل خياره لانه لما ملكه) أى لمـا ملك البيع (كان الرد منه تمليكاً بغير عوض) أى بغير ثمن فيكون متبرعاً (وهو)أى المأذون له (ليس من أهله) أى من أهل التمليك ، فاذا امتنع الرد بطل الخيار ضرورة ، وعنـد الشافعي رضي الله عنـــه وإن كان الملك للبائع فكما قالـــه وإن كان للمشترى فكما قالا .

ومنهـــا إذا اشترى ذمي من ذمي خمراً على أنه بالخيار ثم أسلم بطل الخيار عندهما لأنه ملكها فلا يملك ردها وهو مسلم وعنـــده يبطل البيع لأنـــه لم يملكها فلا يتملكها بإسقاط الخيـار وهو مسلم

قال ومن شرط له الخيار فله أن يفسخ في مدة الخيار ، وله أن يجيز ، فإن أجـــاز بغير حضرة صاحبه جاز ، وإن فسخ لم يجز إلا أن يكون الآخر حاضراً عند أبي حنيفة و**محمد « رح »**

(ومنها) أي ومن الاخوات (إذا اشترى ذمي من ذمي آخر خمراً) أوخنزيراً (على أنه بالخيار ثم أسلم بطل الخيار عندهما) أي ثم أسلم المشترى بطل الخيار **عند أبي يوسف ومحمد** « رح » (لانه ملكها فلا يملك ردها وهو مسلم وعنده يبطل البيع لانه لم يملكها) لان المسلم لا يملك تمليك الخمر (فلا يتملكها بإسقاط الخيار وهو مسلم) أي والحال أنه مسلم ، وذكر خيار المشترى وإسلامه لانه إذا كان الخيار للبائع وأسلم البـــائع يبطل البيع بالإجماع .

وذكر الإمام التمرتاشي مسائل على هذا الاصل منها إذا اشترى مسلم من مسلم عصيراً بالخيار فتخمر في المدة فسد البيع عنده وعندهما تم ومنهـــا إذا كان المشترى داراً وهو ساكنها بإجارة أو إعارة فاستدام السكنى بعد الشرط قال الإمام السرخسي « رح » لا يكون اختياراً وابتداء السكنى اختيار لان الدار لا تمتحن بالسكنى ، وقال شيخ الإسلام خواهر زاده « رح » استدامة السكنى اختيار عندهما لانه يملك الثمن ، وعنده ليس باختيار لانه بالإجارة أو الإعارة ومنهاحلال اشترى طيباً بالخيار فقبضه ثم أحرم والطيب في يده ينتقض البيع عنده ويرد إلى البائع وقالا يلزم المشترى ولو كان الخيـــار للبائع ينتقض بالإجماع ولو كان الخيار للمشترى فأحرم البائع للمشترى أن يرده .

(قال) أي القدوري (ومن شرط له الخيار) سواء كان بائعاً أو مشترياً أو راضياً (فله أن يفسخ) أي العقد (في مدة الخيار وله أن يجيز فإن أجاز بغير حضرة صاحبه جاز ، وإن فسخ لم يجز إلا أن يكون الآخر حاضراً عند أبي حنيفة ومحمد « رح ») وبه

وقال أبو يوسف يجوز وهو قول الشافعي «رح» والشرط هو العلم، وإنما كني بالحضرة عنه، وله أنه مسلط على الفسخ من جهة صاحبه فلا يتوقف على علمه كالإجازة ولهذا لا يشترط رضاه، وصار كالوكيل بالبيع ، ولهما أنه تصرف في حق الغير وهو العقد بالرفع ، ولا يعرى عن المضرة لأنه عساه يعتمد تمام البيع السابق فيتصرف فيـــه فيلزمه غرامة القيمة بالهلاك فيما إذا كان الخيار للبائع أولا يطلب لسلعته مشترياً

قال مالك « رح » (وقال أبو يوسف « رح » يجوز وهو قول الشافعي رضي الله عنه) وأحمد ومالك « رح » في رواية وزفر رحمه الله .

(والشرط هو العلم) قال القدوري بغير حضرة صاحبه وقال المصنف « رح » الشرط العلم أي علم صاحبه بالفسخ، (وانما كنى بالحضرة عنه) أي عن العلم يعني ذكر السبب فأراد المسبب لأن الحضور سبب العلم وليس المراد منه الكناية الاصطلاحية لأرباب البلاغة لكن المراد به استتر به المراد (له) أي لأبي يوسف « رح » (أنه) أي من شرط لـــه الخيار (مسلط على الفسخ) أي على فسخ العقد (من جهة صاحبه) وكل من هو كذلك (فلا يتوقف) فعله (على علمه كالإجازة) فإن فيها لا يشترط العلم بالإجماع .

(ولهذا) أي ولأجل عدم توقف فعله على علم صاحبه (لا يشترط رضاه) يعني في الفسخ (وصار) أي من له الخيار (كالوكيل بالبيع) فإن للوكيل أن يتصرف فيما وكل به ، وإن وكل به وإن كان الموكل غائباً لأنه مسلط على البيع من جهته فكذا ها هنـــا (ولهما) أي لأبي حنيفة ومحمد « رح » (أنه) أي أن الفسخ (تصرف في حق الغير) وهو من ليس له الخيار (وهو العقد بالرفع) في حق المتعاقدين (فلا يعرى عن المضرة) أي لا يخلو عن المضرة (لأنه) أي لأن ليس له الخيار (عساه) أي لعلة (يعتمد تمـــام البيع السابق فيتصرف فيه) أي في المبيع ثم ليظهر أنه تصرف في مال غيره .

(فيلزمه غرامة القيمة بالهلاك) أي بهلاك ، ولا خفاء في كونه ضرراً هــذا (فيما إذا كان الخيار للبائع أولا يطلب) أي البائع (لسلعته مشترياً) أي مشترياً آخر ، وهذا نوع

فيما إذا كان الخيار للمشتري ، وهذا نوع ضرر فيتوقف على علمه ، وصار كعزل الوكيل بخلاف الاجازة لأنه لا إلزام فيه ولا تقول أنه مسلط وكيف يقال ذلك وصاحبه لا يملك الفسخ ولا تسليط في غير ما يملكه المسلط ، ولو كان فسخ في حال غيبة صاحبه وبلغه في المدة تم الفسخ لحصول العلم به ، ولو بلغه بعد مضي المدة تم العقد بمضي المدة قبل الفسخ

ضرر (فيما إذا كان الخيار للمشتري) لأنه قد تكون المدة أيام رواج بيع المبيع (وهذا نوع ضرر) لفواتها ، فإذا كان كذلك (فيتوقف) أي القول (على علمه وصار كعزل الوكيل) فإنه موقوف على علمه بعزل الموكل كيلا يتضرر بلزوم الثمن فيما إذا كان وكيلا بالشراء ، وببطلان قوله فيما إذا كان وكيلا بالبيع (بخلاف الإجارة لانه لا إلزام فيه) لأنها إتمام للعقد السابق فلم يحتج إلى حضور صاحبه .

(ولا تقول أنه) أي أن من له الخيار (مسلط) أي على الفسخ ، هذا جواب عن قول أبي يوسف « رح » أنه مسلط (وكيف يقال ذلك وصاحبه) هو الذي لا خيار له (لا يملك الفسخ) للزوم العقد من جانبه فكيف تملك تسليط عليه (ولا تسليط في غير ما يملكه المسلط) بكسر اللام (ولو كان فسخ في حال غيبة صاحبه وبلغه) أي خبر الفسخ (في المدة) أي في مدة الخيار (تم الفسخ لحصول العلم به ، ولو بلغه) أي ولو بلغ صاحبه (بعد مضي المدة تم العقد بمضي المدة قبل الفسخ) لأن تمام المدة دلالة لزوم العقد .

واعلم أن مدار دليلها إلزام ضرر زائد غير مرضى به ، فإذا فات المجموع أو بعضه في بعض الصور لا يكون نقضاً فلا يرد ما قيل الطلاق والعتاق والعفو عن القصاص يلزم منها في حق غير الفاعل إلزام ، وهو مسوغ لأن ذلك من الإسقاط وما هو كذلك ليس فيه شيء من الإلزام كاسقاط الحمل عن الدابة لا يكون الزاماً عليها إنما اللزوم في جانب من أسقط ، وكلامنا في الحكم الذي على الغير ولا ما قيل الزوج ينفرد بالرجعة وحكمها

يلزم المرأة ، وإن لم تعلم لأنه ليس فيها الزام لأن الطلاق الرجعي لا يرفع النكاح حتى تكون الرجعة الزاماً ، وإنما هي استدامة ملك النكاح ولا ما قيل اختيار المجيزة ينفذ على زوجها وإن لم يعلم به لأن اختيارها لا يتصور بغير حضور زوجها كذا في مختصر الأسرار ولا ما قيل اختيار الأمة المعتقة الفرقة يلزم الزوج بدون علمه وفيه الزام لأن الملك ازداد عليها بالحرية حيث لزمها المقام في منزل الزوج فكان لها أن تدفع تلك الزيادة برفع العقد ولا ما قيل اختيار المالك دفع عقد الفضولي يلزم العاقدين بلا علم ، وفيه الزام عليهما لأنه امتناع عن العقد لا إلزام منه ولا ما قيل الطلاق يلزم العدة على المرأة ، وإن لم تعلم لأنه لا ضرر في العدة ، ولكونه بإيجاب الشرع نصا وقت الطلاق بخلاف الضرر المذكور في خيار الشرط فإنه زائد على موجب خيار الشرط وهو الرد أو الإجازة وهو غير مرضي به من جانب الآخر ولا يلزمه إلا بعلمه .

ثم اعلم أن شرط الخيار إذا كان للبائع فجواز العقد ونفوذه بأحد معان ثلاثة إما بقوله أجزت البيع في المدة ، ولا يشترط حضرة الآخر ، وإما بموت البائع في المدة لأن الخيار لا يورث عندنا ، واما بمضي مدة الخيار من غير فسخ ، واما الفسخ فيثبت بالقول والفعل أما القول فبقوله فسخت البيع ، فإذا قال ذلك انفسخ البيع بلا رضى المشتري ولا يحتاج فيه إلى قضاء القاضي ، ولكن يشترط حضوره عندهما خلافاً لأبي يوسف (رح) ، وأما الفعل فكما إذا تصرف في المبيع في مدة الخيار تصرف الملاك كالاعتاق والبيع والتقبيل ونحو ذلك ، فإن العقد ينفسخ حكما حضر المشتري أو لا بالإجماع .

وأما إذا كان الخيار للمشتري فجواز العقد ونفاذه بالمعاني الثلاثة التي ذكرناها وبمعاني أخر سواها نحو أن يصير المشترى في يد البائع فالمشترى بحال لا يملك المشتري الفسخ على تلك الحالة كما إذا ملك المعقود عليه أو انتقص في يد المشتري نقصاناً يسيراً أو فاحشاً بفعل المشتري أو بفعل البائع أو بآفة سماوية أو بفعل الأجنبي أو بفعل المعقود عليه بطل

خياره نفذ البيع وهذا عند أبي يوسف « رح » كذلك إلا فيما إذا حصل النقصان بفعل البائع حيث لا يبطل خيار المشتري إن شاء رده عليه وإن شاء اختاره وأخذ من البائع الإرش ، وفي المحيط إذا كان الخيار للبائع ينفذ العقد بإجازته وبموته وبمضي المدة قبل الفسخ وبالإغماء والجنون وإن أفاق في المدة .

قال الاسبيجابي الأصح انه على خياره ، فلو سكر من الخمر لم يبطل خياره بخلاف السكر من البنج ، ولو ارتد فعلى خياره ، إجماعاً ، فلو تصرف بحكم خياره يتوقف عند أبي حنيفة « رح » خلافاً لهما ، أما الفسخ إما بالقول أو بالفعل وهو أن يتصرف البائع تصرف المالك في مدة الخيار كما إذا أعتقه أو دبره أو كاتبه أو علق بهما فوجد الشرط أو باعه من غيره أو وهبه وسلمه أو رهن أو آجر ، وإن لم يسلم على الأصح وهذه التصرفات فسخ بغير علم المشتري إجماعاً إلا رواية عن محمد رحمه الله وقبض الثمن من البائع ليس بإجازة ، وكذا هبته وارتهانه ، إلا إذا استفيد له بغيره كالدراهم والدنانير .

ولو باع جارية بعبد على انه بالخيار في الجارية فهبته العبد أو عرضه على البيع إجازة ، وعرضها على البيع ليس بفسخ على الأصح ولو أبرأه من الثمن أو اشترى منه به شيئاً أو ساومه به فهو إجازة ، ولو توارى المشتري في مدة الخيار يبعث إليه القاضي من بعد فإن ظهر وإلا أبطله إلا أن يجيء في المدة ولو كان الخيار للمشتري فنفاذه بما ذكرناه من الأمور في حق البائع وبالتصرف تصرف الملاك فوطئه إجازة والإستخدام لا والاستخدام ثانياً إجازة إلا إذا كان في نوع آخر ، والركوب امتحاناً ليس بإجازة ، وكذا لو ركبها لحاجة أو سفر أو حمل عليها إلا علفها عند محمد « رح » .

والركوب للرد والسقي والاعلاف إجازة ، وقيل إن لم يمكن بدون الركوب فلا يكون إجازة كما في خيار العيب ولو أمر الغلام بحمل شيء أو حلق رأسه أو غسله فليس برضى ، ولو كان المشترى كتاباً ففسخ منه لنفسه أو لغيره لا يبطل خياره ، وإن قلبت الأوراق وبالدرس منه يبطل خياره ، وقيل على عكسه وبه أخذ أبو الليث .

قال وإذا مات من له الخيار بطل خياره ولم ينتقل إلى ورثته . وقال الشافعي « رح » يورث عنه لأنـــه حـــق لازم ثابت في البيـــع فيجري فيـــه الارث كخيار العيب والتعيين وله أن الخيار ليس إلا مشيئة وإرادة ولا يتصور انتقاله ، والارث فيما يقبل الانتقال

(قال) أي القدوري (وإذا مات من له الخيار) وهذا التعبير يتناول البائع والمشتري وغيرهما جميعاً ، وقيل بموت من له الخيار لأنه بموت من عليه الخيار لا يبطل بالإجماع (بطل خياره ولم ينتقل إلى ورثته ، وقال الشافعي رضي الله عنه يورث عنه) وبه قـــال مالك (لأنه) أي لأن الخيار (حق لازم) حتى إن صاحبه لا يملك ابطاله ، وإنما قال حق لأن حق الإنسان ما يتولى اثباته واسقاطه ، ولازم لأن صاحبه لا يتمكن من ابطاله (ثابت في البيع فيجرى فيه الإرث كخيار العيب) والرؤية (والتعيين) أي وكخيار التعيين صورته رجل اشترى عبدين على أنه بالخيار يأخذ أيهما شاء بألف ويرد الآخر ثم مات المشترى يقوم وارثه مقامه في اختيار أحدهما .

(وله أن الخيار ليس الا مشيئة وارادة) وكلاهما منصوبان على أنهما بدلان عن خبر ليس أي ليس الخيـــار شاء الا مشيئة وارادة . قال تاج الشريعة « رح » لأن الشاري هو الفاعل عن ملك واختيار لا عن أمر واجبار ومشيئة الإنسان تنقطع بموته كقدرته لأنهـا صفته ولا تبقى بعـــد الموصوف (فلا يتصور انتقاله) أي انتقال الخيار لأنه ليس الا مشيئة وارادة وهما عرضان والعرض لا يقبل الانتقال (والإرث فيما يقبل الإنتقال) لأنه خلافة عن المورث بنقل الأعيان الى الوارث ، هذا معقول لا معارض له ، من المنقـــول ، فيكون معمولاً به لا يقال قال رسول الله ﷺ من ترك مالاً أو حقاً فلورثته الخيار حق فيكون لورثته ، لأن المراد به حق قابل للانتقال لا بدليل قوله فلورثته الخيار ، ليس كذلك فإن قيل المالكية صفة تنقل من المورث اليه في الأعيان فهل لا يكون الخيار كذلك وأجيب بأن المنتقل هو العين ، فإن قيل المالكية ضمني فليكن الخيـــار خيار الشرط كذلك بأن ينتقل المبيع من المورث الى الوارث ثم الخيار يتبعه ضمناً ، وأجيب

بخلاف خيار العيب لأن المورث استحق المبيع سليما، فكذا الوارث فأما نفس الخيار لا يورث وخيار التعيين يثبت ابتداء لاختلاط ملكه بملك الغير لا أن يورث الخيار .

بأن الخيار ليس من لوازم البيع بل الأصل عدمه ، وكم من بيع لا خيار فيه بخلاف المملوك فإنه يستلزم مالكيته مالك ، وفيه نظر ، فإن الكلام في البيع بشرط الخيار لا في مطلقه والخيار يلزمه والصواب أن يقال الغرض الأصلي من نقل الأعيان ملكيتها وليس الخيار في البيع بشرط الخيار كذلك فلا يلزم من انتقال ما هو الغرض الاصلي انتقال ما ليس كذلك ، فإن قيل القصاص ينتقل من المورث إلى الوارث بذاته من غير تعيين العين فليكن الخيار كذلك ، أجيب بأنه ثبت للوارث ابتداء لأنه شرع للتشفي والخيار يثبت بالعقد والشرط والوارث ليس بعاقد ولا شارط لا يقال البيع بشرط الخيار غير لازم فتورث كذلك لا بطريق النقل فلا يفيد ما ذكرتم لأن كلامنا مع من يقول بالنقل وما ذكرنا يدل على انتفائه ولو التزم ملتزم ما ذكرنا قلنا البيع بشرط الخيار غير لازم في حق العاقد وفي حق الوارث ، والاول مسلم ولا كلام فيه ، والثاني عين النزاع ، هذا كله لخصه الاكمل من كلام السفناقي « رح » وغيره فنقلناه مثل ما نقله تكثيراً للفائدة .

(بخلاف خيار العيب) جواب عما قاس عليه الشافعي رضي الله عنه (لان المورث استحق المبيع سليما ، فكذا الوارث) لانه قائم مقامه فكان ذلك نقلاً في الأعيان (فأما نفس الخيار لا يورث) لانه لا يتصور انتقاله كما ذكرناه فلا يجرى فيه الإرث (وخيار التعيين) هذا جواب عما قاسه الشافعي رضي الله عنه تقريره أن خيار التعيين (يثبت للوارث ابتداء) لا بسبيل الإرث يعني أنه بطل ذلك الخيار الاول ، ويحد للوارث خيار آخر حكما (لاختلاط ملكه بملك الغير) لانه ملك أحد العبدين مجهولاً ، لان ملكه أحدهما ، وقد اختلف بملك صاحبه فثبت لهما التعيين بعلة مجهولة ملكه ، فإما أن يكون ذلك بالإرث فلا (لاأن يورث الخيار) كما مر غير مرة .

فإن قلت المكاتب اذا مات وخلف ولدا ولد في الكتابة ينتقل اليه الكتاب مع الاجل والتنجيم ، قلت انتقال الكتابة إلى الولد بسبيل السراية لا بسبيل الإرث لان المكاتب لا

قال ومن اشترى شيئاً وشرط الخيار بغـــيره فأيهما أجاز جاز وأيهما نقض انتقض

يورث ولا يلزم خيار الصفة وهو ما إذا اشترى على أن له الخيار لأن فيه معنى المال ولا يلزم الرهن والكفالة والضمان حيث يورث هذه الأشياء لأن فيه وثيقة ومعنى المـــال وكذلك القصاص يؤول إلى مال .

(قال) أي محمد « رح » في الجامع الصغير (ومن اشترى شيئاً وشرط الخيار لغيره) المراد من الغير ها هنا غير العاقدين حتى يأتي خلاف زفر « رح » (فأيهما أجاز) أي من المشتري ، ومن الشروط له الخيار (جاز ، وأيهما) أي الإثنين المذكورين (نقض) أي العقد (انتقض) أي العقد ، وقـــال الكاكي فإن قيل قوله فأيهما أجاز إلى آخره جملة استفهامية لا تصلح خبراً للمبتدأ وهو قولـــه ومن اشترى فيبقى المبتدأ بلا خبر . قلنا المبتدأ معنيان أحدهما الإبتداء والثاني الشرطية فيقتضي الخبر والجزاء هنا وقع موقع خبر فيكون الخبر محذوفاً وهو قوله أجازه ، ويتحقق هذا المعنى في ضمن الخبر لأنه لـما جاز بالإجازة لا بد وأن يكون الاشتراط للغير جائزاً كما في قوله تعالى ﴿ الزانية والزاني ﴾ ٢ النور ، وقوله ﴿ فاجلدوا ﴾ لا يصلح خبراً لكونه طلبـــاً ، وفي ضمنه خبره وهو وجوب الجلد المستفاد منه تقديره الزانية والزاني يجب عليهما الحد فاجلدوا ... انتهى .

واعترض عليه بعضهم بقوله ما جواب هذا العامل زيد من أبوه ونحوه قوله ، وقال الأكمل ومن اشترى وشرط الخيار لغيره تقدير كلامه من اشترى وشرط الخيار لغيره جاز حذفه لدلالة قوله فأيهما أجاز جاز قلت هذا له وجد وهو أحسن من تطويل الكاكي على أن التقدير في الآيـــة على مـــا تقتضيه لقاعدة الزانيـــة والزاني يقـال فيـــه فاجلدوا ، وكذلك التقدير في قول المعترض بقوله زيد من أبوه زيد يقال فيـــه من أبوه .

وبقولنا فيه قال الشافعي رضي الله عنه في الأصح ومالك وأحمد رضي الله عنهـــما ولكن للشافعي رضي الله عنه فيه وجهان أحدهما أنه يصح للغير وحده والثاني يثبت له مع العاقد وعنه في قول لا يصح وبه قال زفر رحمه الله ، وفي فساد البيع وجهان في وجه

وأصل هذا أن اشتراط الخيار لغيره جائز استحساناً ، وفي القياس لا يجوز ، وهو قول زفر « رح » لأن الخيار من مواجب العقـــد وأحكامه فلا يجوز اشتراطه لغيره كاشتراط الثمن على غير المشتري .

ولنا أن الخيار لغير العاقد لا يثبت إلا بطريق النيابة عن العاقد فيقدر الخيار له اقتضاء ثم يجعل هو نائباً عنه تصحيحاً لتصرفه

يفسد البيـع ، وفي وجه البيع صحيح والشرط فاسد (وأصل هذا) أي أصل هـــذا المذكور من المسألة (أن اشتراط الخيار لغيره جائز استحساناً ، وفي القياس لا يجوز ،وهو قول زفر «رح» لأن الخيار من مواجب العقد) أي من مقتضاته (وأحكامه فـــلا يجوز اشتراطه لغيره) لأنه خلاف ما يقتضيه العقد (كاشتراط الثمن على غـــير المشتري) أو اشتراط تسليمه على غيره أو اشتراط الكل لغيره .

(ولنا أن الخيار لغير العاقد قد لا يثبت إلا بطريق النيابة عن العاقد) إذ لا وجـــه لإثباته للغير أصالة (فيقدر الخيار له) أي للعاقـــد (اقتضاء) أي من حيث الاقتضاء تصحيحاً لعرف العاقد على حسب الإمكان فيجعل كأنه شرط لنفسه (ثم يجعل هو)أي يجعل من له الخيار (نائباً عنه تصحيحاً لتصرفه) أي لتصرف العاقـــد ، فكان ثبوت الخيار للعاقد مقتضى صحة ثبوت الخيار للأجنبي وفيه بحث من وجهين أحدهما إن شرط الإقتضاء أن يكون المقتضي أو في منزلة من المقتضى ألا ترى أن من قال لعبد له حنث في يمينه كفر عن يمينك بالمـال لا يكون ذلك تحرير الإقتضاء لأن التحرير أقوى من تصريف التكفير لكونه أصلاً فلا يثبت تبعاً لفرعه ، ولا خفاء أن العاقد أعلى مرتبة فكيف يثبت الخيار له اقتضاء ، والثاني أن اشتراط الخيار لغيره لو جاز اقتضاء تصحيحاً لجاز اشتراط وجوب الثمن على الغير بطريق الكفالة بأن يجب الثمن على العاقد أولاً ثم على الغـــير كفالة عنه كذلك .

وأجيب عن الأول بأن الإعتبار للمقاصد والغير هو المقصود باشتراط الخيـــار فكان هو الأصل بطل إلى الخيار، والعاقد أصل من حيث التمليك لا من حيث الخيار فلا يلزمه

وعند ذلك يكون لكل واحد منهمـــا الخيار فأيهما أجاز جاز وأيهما نقض انتقض ولو أجاز أحدهما وفسخ الآخر يعتبر السابق لوجوده في زمان لا يزاحمه فيه غيره ، ولو خرج الكلامان منهما معاً يعتبر تصرف العاقد في رواية وتصرف الفاسخ في أخرى وجه الأول أن تصرف العاقد أقوى لأن النائب يستفيد الولاية منه وجه الثاني أن الفسخ أقوى لأن المجاز يلحقه الفسخ والمفسوخ لا تلحقه الاجـازة

ثبوت الأصل تبعية فرعه ، وأما الحرية فإنه الأصل في وجوب الكفارة المالية فلا يثبت تبعاً لفرعه ، وعن الثاني بأن الدين لا يجب على الكفيل في الصحيح بدون التزام المطالبة ، والمذكور هنا هو الثمن على الأجنبي وثبوت المقتضى لتصحيـــح المقتضى ، ولو صحت الكفالة بطريق الإقتضاء كان مبطلا للمقتضى وعاد على موضوعه بالنقض فإن قيل فليكن بطريق الحالة فإن عنها المطالبة بالدين فالجواب أن المشتري أصل في وجوب الثمن عليه فلا يجوز أن يكون تابعاً لفرعه وهو المحال عليه .

(وعند ذلك) أي عند ثبوت الخيار لهما (يكون لكل واحد منهما الخيـــار) أي للعاقد ولمن شرط له الخيار (فأيها أجاز) أي العقد (جاز وأيهـــا نقض انتقض ، ولو أجاز أحدهما وفسخ الآخر يعتبر السابق لوجوده في زمان لا يزاحمه فيه غيره ولو خرج الكلامان منهما معاً يعتبر تصرف العاقد في رواية) وهي رواية كتاب البيوع (وتصرف الفاسخ في أخرى) أي ويعتبر تصرف الفاسخ وهو الذي فسخ العقد في رواية أخرى وهي رواية كتاب المأذون (وجه الأول) أي وجه اعتبار تصرف العاقد (أن تصرف العاقد أقوى لأن النائب يستفيد الولاية منه ، وجه الثاني)أي وجه اعتبار تصرف الفسخ وهي رواية كتاب المأذون (أن الفسخ أقوى لأن المجاز) بضم الميم (يلحقه الفسخ) كما لو أجاز المبيع هلك عند البائع .

(والمفسوخ لا تلحقه الإجازة) فإن العقد إذا انفسخ بهلاك المبيع عند البائع لا تلحقه الإجازة ونوقض بما إذا تراضيا على فسخ الفسخ وعلى إعادة العقد بينهما جـــاز فسخ الفسخ

ولمـــا ملك كل واحـد منهما التصرف رجحنا بحال التصرف

وقيل الأول قول محمد « رح» والثـــاني قول أبي يوسف « رح » ،

واستخرج ذلك إذا باع الوكيل من رجل والموكل من غيره معـــاً

فمحمد « رح» يعتبر فيه تصرف الموكل ، وأبو يوسف « رح»

يعتبرهما . قـــال ومن باع عبدين بألف درهم على أنه بالخيار

ليس إلا هو إجازة البيع في المفسوخ ، وأجيب بأن هذا ليس بإجازة للفسخ بـــل هو بيـــع ابتداء .

(ولما ملك كل واحد منهما التصرف) هذا كأنه جواب عمـا يقال أن كل واحد من الفاسخ والمخير يملك التصرف فأي تصرف من التصرفين يرجح على الآخر فذاك ، ولما ملك كل واحد منهما التصرف من الإجازة والفسخ (رجحنا بحال التصرف) لان كل واحـــد منهما أصل العاقد من حيث التملك والاجنبي من حيث شرط الخيار ، فلم يترجح الامر إلا من حيث التصرف فرجحنا من حيث حال التصرف وهو فوقه والنقض يفسخ الإجـــازة والإجازة لا تفسخ النقض ، فكان النقض أولى لا يقال النقض والإجازة من توابع الخيار فكان الخيار ترجيح تصرف من له الخيار لان جهة تملك العاقد عارضة في ذلك .

(وقيل الاول) هو أن تصرف العاقد أقوى (قول محمد «رح» والثاني) هو تصرف الفاسخ (قول أبي يوسف «رح» واستخرج) على صيغـــة المجهول (ذلك) إشارة إلى الاختلاف بين أبي يوسف ومحمد «رح» في ذلك أراد أن المنسوب إليهما ليس منقول عنهما وإنما استخرج (مما إذا باع الوكيل من رجل والموكل) أي باع الموكل (من غيره معاً) أي في حالة واحده (فمحمد «رح» يعتبر فيه تصرف الموكل ، وأبو يوسف «رح» يعتبرهما) أي يعتبر تصرفهما ويجعل البيع مشتركاً بينهما بالنصف ويخير كل واحـد من المشتركين إن شاء أخذ النصف بنصف الثمن وإن شاء نقض البيع .

(قال) أي محمد «رح» في الجامع الصغير (ومن باع عبدين بألف درهم على أنه بالخيار

في أحدهما ثلاثة أيام فالبيع فاسد ، فإن باع كل واحد منهما بخمس مائة على أنه بالخيار في أحدهما بعينه جاز المبيع والمسألة على أربعة أوجه أحدها أن لا يفصل الثمن ولا يعين الذي فيه الخيار وهو الوجه الأول في الكتاب وفساده لجهالة الثمن والمبيع ، لأن الذي فيه الخيار كالخارج عن العقد إذ العقد مع الخيار لا ينعقد في حق الحكم فيبقى الداخل فيه أحدهما وهو غير معلوم ، والوجه الثاني أن يفصل الثمن ويعين الذي فيه الخيار وهو المذكور ثانيا في الكتاب ، وإنما جاز لأن المبيع معلوم والثمن معلوم ، وقبول العقد

في احدهما ثلاثة ايام فالبيع فاسد ، فإن باع كل واحد منهما بخمس مائة على انه بالخيار في أحدهما بعينه جاز المبيع) أي يختار الشرط في أحد العبدين معيناً (والمسألة على أربعة أوجه ، أحدها) أي أحد الأوجه (أن لا يفصل الثمن ولا يعين الذي فيه الخيار وهو الوجه الأول في الكتاب) أي الجامع الصغير .

(وفساده) أي فساد هذا الوجه (لجهالة الثمن والمبيع ، لأن الذي فيه الخيار كالخارج عن العقد) لأنه يشبه الاستثناء ، إما لأن العقد غير لازم في الذي لا خيار فيه (إذ العقد مع الخيار لا ينعقد في حق الحكم) أي وهو ثبوت الحكم (فيبقى الداخل فيه أحدهما وهو غير معلوم) وما هو كذلك فثمنه مثله فيفسد البيع كما في البيع بثمن بطريق الحصة ابتداء .

(والوجه الثاني) وهو أن يبيع كل واحد منهما بخمسمائة على أنه بالخيار في أحدهما ، وهو معنى قوله (أن يفصل الثمن ويعين الذي فيه الخيار ، وهو المذكور ثانياً في الكتاب) أي الجامع الصغير (وإنما جاز) أي البيع هنا (لأن المبيع معلوم والثمن معلوم) فجاز لارتفاع الجهالة (وقبول العقد) هذا جواب شبهة وهي أن يقال ينبغي أن يفسد العقد في هذا أيضاً لوجود المفسد ، وهو قبول العقد في الذي يدخل في العقد لأن

في الذي فيه الخيار وإن كان شرطاً لانعقاده في الآخر ولكن هذا غير مفسد للعقد لكونه محلاً للبيع كما إذا جمع بين قن ومدبر. والثالث أن يفصل ولا يعين والرابع أن يعين ولا يفصل والعقد فاسد في الوجهين، إما لجهالة المبيع أو لجهالة الثمن. قال ومن اشترى ثوبين على أن يأخذ أيهما شاء بعشرة وهو بالخيار ثلاثة أيام فهو جائز، وكذلك الثلاثة، فإن كانت أربعة أثواب فالبيع فاسد والقياس أن يفسد المبيع في الكل لجهالة المبيع وهو قول زفر «رح»

العبد الذي فيه الخيار غير داخل حكماً، كما إذا جمع بين حر وقن فإنه لا يجوز العقد في القن وإن فصل الثمن لما أنه جعل قبول العقد في الحر شرط صحة العقد في القن، فأجاب بقوله وقبول العقد (في الذي فيه الخيار وإن كان شرطاً لانعقاد العقد في الآخر) أي في العبد الآخر.

(ولكن هذا غير مفسد للعقد لكونه) أي لكون من فيه الخيار (محلا للبيع) فكان داخلا في العقد وإن لم يدخل في الحكم فصار (كما إذا جمع بين قن ومدبر) في البيع في أن المدبر محل للبيع حتى أن القاضي لو قضى بجواز بيعه نفذ فلم يكن شرط قبول العقد فيه مفسداً للعقد في الآخر بخلاف ما إذا جمع بين حر وقن فإن الحر ليس بمحل للبيع أصلا فلم يكن داخلا لا في العقد ولا في الحكم، فإن قلت في الجملة هو شرط لا يقتضيه العقد فكان مفسداً أجيب بأنه ليس فيه نفع لأحد المعاقدين ولا للمعقود عليه فلا يكون مفسداً.

(والثالث) أي الوجه الثالث (أن يفصل) أي الثمن (ولا يعين) أي الذي فيه الخيار (والرابع) أي الوجه الرابع (أن يعين) أي الذي فيه الخيار (ولا يفصل) أي الثمن (والعقد فاسد في الوجهين إما لجهالة المبيع أو لجهالة الثمن) وكل منهما مفسد للبيع

(قال) محمد في الجامع الصغير (ومن اشترى ثوبين على أن يأخذ أيهما شاء بعشرة وهو بالخيار ثلاثة أيام فهو جائز، وكذلك الثلاثة) أي الأثواب الثلاثة (فإن كانت أربعة أثواب فالبيع فاسد والقياس أن يفسد البيع في الكل لجهالة المبيع وهو قول زفر

والشافعي «رح» وجه الاستحسان وإن شرع الخيار للحاجة إلى دفع الغبن ليختار ما هو الأرفق والأوفق ، والحاجة إلى هذا النوع من البيع متحققة لأنه يحتاج إلى اختيار من يثق به أو اختيار من يشتريه لأجله ، ولا يمكنه البائع من الحمل إليه إلا بالبيع ، فكان في معنى ما ورد به الشرع غير أن هـــذه الحاجة تندفع بالثلاث لوجود الجيد والوسط والرديء فيهــــا والجهالة لا تفضي الى المنازعة في الثلث لتعيين من له الخيــــار ،

والشافعي رضي الله عنهما وجه الاستحسان أن شرع الخيار للحاجة إلى دفع الغبن ليختار ما هو الأرفق) أي بالنظر إلى الثمن (والأوفق) أي بحاله .

(والحاجة إلى هذا النوع من البيع) أراد بهذا النوع أن يشتري أحد الثوبين أو أحد العبدين على أن يأخذ أيها شاء بثمن معلوم (متحققه لانـــه) ربما (يحتاج إلى اختيار من يثق به) لخبرته (أو اختيار من يشتري لأجله) كامرأتـــه وبنته (ولا يمكنه البائع) بتشديد الكاف (من الحمل إليه) أي إلى من يثق به أو إلى من يشتريه لأجله (إلا بالبيع فكان) باعتبار الحاجة (في معني ما ورد به الشرع) وهو شرط الخيار ثلاثة أيام (غير أن هذه الحاجة تندفع بالثلاث) أي بالثيــاب الثلاث (لوجود الجيد والوسط والرديء فيها) أي الحاجة إلى الاختيار بالثلاث لاختلاف الأوصاف في الثياب وهي ثلاثة الجيد والوسط والرديء فيها أي في الثياب .

(والجهالة لا تفضي إلى المنازعة) هذا جواب عما قال الإمام الشافعي « رح » وزفر « رح » ومن الجهالة في وجه القياس تقريره أن هذه الجهالة لا تفضي إلى المنازعة (في الثلاث) أي في الثياب الثلاث (لتعيين من له الخيار) لأنه لما شرط الخيار لنفسه استبد بالتعيين فلم يبق له منازع ، فكان علة جوازه من الحاجة وعـــدم كون الجهالة تفضي إلى المنازعة فاما عدم المنازعة فإنه ثابت باشتراط الخيار لنفسه سواء كانت الأثواب ثلاثـة أو أكثر وأما الحاجة إنما تتحقق في الثلاثة لوجود الجيد والوسط والرديء .

وكذا في الاربع إلا أن الحاجة إليها غير متحققة والرخصة ثبوتها بالحاجة ، وكون الجهالة غير مفضية إلى المنازعة فلا تثبت بأحدهما ، ثم قيل يشترط أن يكون في هذا العقد خيار الشرط مع خيار التعيين وهو المذكور في الجامع الصغير ، وقيل لا يشترط وهو المذكور في الجامع الكبير فيكون ذكره على هذا الاعتبار وفاقاً لا شرطاً ، أو إذا لم يذكر خيار الشرط لا بد من توقيت خيار التعيين بالثلاث

(وكذا في الأربع) أي في الثياب الأربع لا يفضي إلى المنازعة (إلا أن الحاجة إليها) أى الأربع (غير متحققة) لوجود جميع الأوصاف المذكورة في الثلاث ، ولأن في الأربعة قد ينفق ثوبان على صفة واحدة فيحتاج إلى اختيار آخر فتكثر الجهالة .

(والرخصة) مبتدأ وقوله (ثبوتها) مبتدأ آخر وقوله (بالحاجة) خبره والجملة خبر المبتدأ الاول (وكون الجهالة غير مفضية إلى المنازعة فلا تثبت بأحدها) بالجر عطفاً على قوله بالحاجة حاصل المعنى جواز البيع مع الشرط رخصة وثبوتها مع الحاجة وقد انعدمت في الاربع ، ولكن الرخصة انما تكون بالحاجة وعدم الإفضاء إلى الجهالة (ثم قيل يشترط أن يكون في هذا العقد خيار الشرط مع خيار التعيين) أشار بهذا الى بيان اختلاف المشايخ في اشتراط خيار الشرط مع خيار التعيين منهم من قال يشترط واليه مال الكرخي « رح » (وهو المذكور في الجامع الصغير وقيل لا يشترط وهو المذكور في الجامع الكبير) فإنه ذكر هذه المسألة ولم يذكر فيها خيار الشرط (فيكون ذكره) أي ذكر خيار الشرط (على هذا الإعتبار) أي على اعتبار الجامع الكبير (وفاقاً لا شرطا) أي على سبيل الاتفاق لا على سبيل الشرط ، وقال فخر الإسلام « رح » في جامعه والصحيح عندنا أنه ليس بشرط وهو قول محمد بن شجاع البلخي « رح » .

(وإذا لم يذكر خيار الشرط لا بد من توقيت خيار التعيين بالثلاث) أي بثلاثة أيام

عنده ، وبمدة معلومة أيتها كانت عندهما ، ثم ذكر في بعض النسخ اشترى ثوبين وفي بعضها اشترى أحـــد الثوبـين وهو الصحيح لأن المبيع في الحقيقة أحدهما والآخر أمانــــة ، والأول تجوز واستعارة ، ولو هلـــك أحدهما أو تعيب لزم البيـع فيه بثمنه وتعين الآخر للأمانة

(عنده) أي عند أبي حنيفة « رح » (وبمدة معلومة) أي لا بد من توقيت خيار التعيين بمدة معلومة (أيتها كانت) أي المدة كانت زائدة على الثلاث أو غير زائدة بعد أن كانت معلومة (عندهما) أي عند أبي يوسف ومحمد كما في خيــــار الشرط ، وقال شمس الأئمة في جامعه وهو الصحيح ، وهو قول الكرخي « رح » . وإن مات المشتري في الأيام الثلاثة يبطل خيار الشرط ويبقى خيار التعيين للوارث فلا يردهما الوارث، وله أن يعين أحدهما ويرد الآخر ، وكذا في جامع قاضي خان ، وفي الذخيرة هذا إذا كان الخيار للمشتري ، فـإن كان للبائع بأن قــــال بعتك هذين الثوبين على أني بالخيار لا عين المبيـع في أحدهما لم يذكر محمد « رح » هذه المسألة في بيوع الأصل ولا في الجامع الصغير ، وذكر الكرخي « رح » في مختصره أنه يجوز استحساناً لا قياساً لأن هذا بيـع يجوز مع خيار المشتري فكذا يجوز مع خيار البائع قياساً على خيار الشرط ، وذكر في المجرد أنه لا يجوز لأن هـــذا باعتبار الحاجة والبائع لا يحتاج إليها .

(ثم ذكر في بعض النسخ) أي في بعض نسخ الجامع الصغير (اشترى ثوبين) كما هو المذكور أولاً (وفي بعضها اشترى أحد الثوبين) فحاصله أن الرواية اختلفت في نسخ الجامع الصغير ، قال المصنف (وهو الصحيح) أي قوله اشترى أحد الثوبين هو الصحيح (لأن المبيـع في الحقيقة أحدهما والآخر أمانة ، والأول) هو قوله ثوبين (تجوز) يعني مجاز لأن المشتري أحد الثوبين فكان من قبيل إطلاق الكل على البعض (واستعارة ولو هلك أحدهما) أي أحد الثوبين (أو تعيب لزمه البيـع فيه) أي في الهالك أو المتعيب (بثمنه) الذي وقع عليه العقد (وتعين الآخر) أي الثوب الآخر (للأمانة) لأنه إنمـا

لامتناع الرد بالتعيب ، ولو هلكا جميعاً معا يلزمه نصف ثمن كل واحد منهما لشيوع البيع والامانة فيهما ولو كان فيه خيار الشرط له أن يردهما جميعاً ولو مات من له الخيار فلوارثه أن يرد أحدهما ، لأن الباقي خيـــار التعيين للاختلاط ، ولهذا لا يتوقت في حق الوارث فأما خيار الشرط لا يورث ، وقد ذكرناه من قبل ، ومن اشترى داراً على أنه بالخيار فبيعت دار أخرى إلى جنبها فأخذها بالشفعة فهو رضا لأن طلب الشفعة يدل على اختياره الملك فيها

اشترى أحدهما لا غير وإنما قبض الآخر ليرد على البـائع إذا تعين أحدهما لا ليمتلكه ولا عـلى سوم الشراء، وقد تعين أحدهما هنا فيبقى الآخر أمانة لأنه قبضه بإذن البائع لا على حرمة البيع فلم يلزمه شيء بسببه (لامتناع الرد بالتعيب) تعليل بقوله أو تعيب (ولو هلكا) أي الثوبان (جميعاً معاً يلزمه نصف ثمن كل واحد منهما لشيوع البيع والأمانـــة فيهما) أي في الثوبين ، وقيد بقوله معاً لما أنهما لو هلكا على المتعاقب يتعين الأول للبيع إذا علم الســـابق ، وإذا لم يدر السابق لزمه ثمن نصف كل واحد منهـــما كما لو هلكا معا .

(ولو كان فيه) أي في هذا البيع (خيار الشرط له أن يردهما جميعاً) لأنه أمين في أحدهما فيرده بحكم الأمانة ، وفي الآخر مشتر بشرط الخيار فيتمكن من رده كذا في المبسوط (ولو مات من له الخيار فلوارثه أن يرد أحدهما لأن الباقي خيار التعيين) لأن خيار الشرط بطل بموت من له الخيار (للاختلاط) أي لأجل اختلاط ملكه بملك الغير (ولهذا)ولاجل الباقي خيار التعيين (لا تتوقف في حق الوارث) لأنه لم يثبت له بسبيل الارث بل لاختلاط تملكه بملك الغير فلو كان الباقي خيار الشرط لردهما الوارث جميعاً .

(فأما خيار الشرط لا يورث وقد ذكرناه من قبل) يعني عند قوله وإذا مـات من له الخيار بطل خياره (ومن اشترى داراً على أنه بالخيار فبيعت دار أخرى إلى جنبها فأخذها بالشفعة فهو رضاء)أي الأخذ بالشفعة رضا (لان طلب الشفعة يدل على اختياره الملك فيها) أي

لأنـــه ما ثبت إلا لدفع ضرر الجوار وذلك بالاستدامة فيتضمن ذلـك سقوط الخيار سابقاً عليـــه فيثبت الملك من وقت الشراء فيتبين أن الجوار كان ثابتاً وهـــذا التقرير يحتاج إليه لمذهب أبي حنيفة « رح » خاصة . قال وإذا اشترى الرجلان غلامـــاً على أنهما بالخيار فرضي أحدهما فليس للآخر أن يرده عند أبي حنيفة « رح » ، وقالا أن يرده ، وعلى هذا الخلاف خيار العيب وخيار الرؤية

في الدار التي اشتراها بالخيار (لانـــه) أي لان طلب الشفعة (ما ثبت إلا لدفع ضرر الجوار وذلـــك) أى دفع ضرر الجار (بالإستدامة) أعني باستدامة الملك في الدار المشتراة بالخيار .

(فيتضمن ذلك) أي اختيار الملك (سقوط الخيار سابقاً عليه) أى على طلب الشفعة (فيثبت الملك من وقت الشراء فتبين أن الجوار كان ثابتاً) عند بيع الدار الثانية وهو يوجب الشفعة (وهذا التقرير) الذى ذكره من قوله لان طلب الشفعة يدل على اختيـار الملك إلى آخره (يحتاج اليه لمذهب أبي حنيفة « رح » خاصة) إنما قال خاصة لان عندهما يدخل المبيع في ملك المشترى فلا يحتاج إلى التقرير الذى يؤدي إلى اختيار المالك ، قال الإمام السرخسي « رح » وجوب الشفعة مذهبهما ظاهر ، وأما عند أبي حنيفة « رح » فلأنه صار أحق بالتصرف فيها وذلك يكفيه لاستحقاق الشفعـــة بها كالمأذون المستغرق بالدين أو المكاتب فإنهما يستحقان الشفعة وإن لم يملكا رقبة الدار بخلاف مـــا إذا كان الخيار للبائع فالمشترى هناك لم يصر أحق بالتصرف فيها .

(قال) محمد « رح » في الجامع الصغير (وإذا اشترى الرجلان عبداً على أنهما بالخيار فرضي أحدهما فليس للآخر أن يرده عند أبي حنيفة « رح » وقالا) أى أبو يوسف ومحمد « رح » (له أن يرده ، وعلى هذا الخلاف خيار العيب وخيار الرؤية) وقـــال صاحب الخطر والمختلف إذا اشتريا غلاماً ليس لاحدهما أن يرده بخيـــار الرؤية أو بخيار العيب

لهما أن إثبات الخيار لهما إثباته لكل واحد منهما فلا يسقط بإسقاط صاحبه لما فيه من ابطال حقه وله أن المبيع خرج عن ملكه غير معيب لعيب الشركة فلو رده أحدهما رده معيباً بـــه وفيه إلزام ضرر زائد ، وليس من ضرورة إثبات الخيار لهما الرضا برد أحدهمـــا لتصور اجتماعهما على الرد .

بدون صاحبه قبل القبض وبعده على الخلاف المذكور ، وقال الفقيـه أبو الليث في شرح الجامع الصغير رجلان اشتريا غلاماً على أنهما بالخيار فرضي أحدهما فليس للآخر أن يرده في قول أبي حنيفة « رح » وفي قولهما له ذلك (لهما) أى لابي يوسف ومحمد « رح » (أن إثبات الخيار لهما) أى للرجلين المذكورين (إثباته) أى إثبات الخيار (لكل واحد منهما فلا يسقط بإسقاط صاحبه لما فيه من إبطال حقه) في الخيار .

(وله) أى ولابي حنيفة « رح » أن المبيع خرج عن ملكه) أى عن ملك البائع (غير معيب لعيب الشركة) لان الشركة في الاعيان المجتمعة عيب فإن للبائع قبل البيع كان متمكنا من الانتفاع متى شاء وبعده إذا أراد البعض لا يتمكن إلا مهاباة ، والخيار يثبت نظراً لمن هو له على وجه لا يلحق بالضرر لغيره (فلو رده أحدهما معيباً به وفيه إلزام ضرر زائد) وقيد الضرر بالزائد لان في امتناع الرد ضرر أيضاً زائـــداً للراد ، ولكن لم يكن من الغير بل لعجزه عن إيجاد شرط الرد كان دون الاول فـــإن الضرر حاصل من الغير اقطع انجع من الحاصل من نفسه ،فإن قيل بيعه منهما رضا منه بعيب التبعيض أجيب بأنه إن سلم به فهو رضاً به في ملكها لا في ملك نفسه ، فإن قيل حصل العيب في يد البائع بفعله لان تفرق الملك إنما هو العقد قبل القبض،قلنا بل حصل بفعل المشترى برد نصفه والمشترى إذا عيب المعقود عليه في يد البائع ليس له أن يرده بحكم خياره ، لكن هذا العيب لعرض الزوال بمساعدة الآخر على الرد ، فإذا امتنع ظهر عمله .

(وليس من ضرورة اثبات الخيار لهما) جواب لهما وتقريره أن اثبات الخيار لهما ليس من ضرورته (الرضاء برد أحدهما لتصور اجتماعهما على الرد) أى اجتماع الشريكين يعني

قال ومن باع عبـــداً على أنه خباز أو كاتب وكان بخلافه فالمشتري بالخيار إن شاء أخذه بجميع الثمن وإن شاء ترك ولأن هذا وصف مرغوب فيه فيستحق في العقد بالشرط ثم فواته يوجب التخيير لأنه ما رضي به دونه وهذا يرجع إلى اختلاف النوع

يتصور الانفكاك يتصور اجتماعهما على الرد فلا يلزم من اثبات الخيار لهما الرضا برد أحدهما، وعن أبي حنيفة في غير رواية الاصول انه لو رد أحدهما يؤمر الآخر برده لانه لو امتنع عن الرد كان فيه ابطال حق الآخر ، وليس له ذلك لان الخيار بشرط الرد وقد اشترطا كذا في جامع الاسبيجابي .

(قال) أى القدورى « رح » (ومن باع عبداً على أنـــه خباز أو كاتب) أى عبد حرفته الخبز أو الكتابـــة (وكان بخلافه) أى ظهر انه ليس بخباز أو ليس بكاتب (فالمشترى بالخيار ان شاء أخذه بجميـــع الثمن وان شاء ترك) وبه قـــال الشافعي رضي الله عنه في قول (لأن هذا وصف مرغوب فيه) وهو ظاهر وهو احتراز عمـــا ليس بمرغوب فيه كما اذا باع على أنه أعور فإذا هو سليم لانه لا يوجب الخيار (فيستحق) أى الوصف المرغوب فيه (في العقد بشرط ثم فواته) أي فوات الوصف المرغوب فيـــه (يوجب التخيير لانـــه ما رضي به دونه) أي ما رضي بالمبيع بـــدون الوصف المرغوب فيه ، وينقض بما إذا باع شاة على أنها حامل أو على أنهـــا تحلب كذا فإن البيـع فيه فاسد والوصف مرغوب فيه ،وأجيب بأن ذلك ليس بوصف بل اشتراط مقدر من البيـع مجهول وضم المجهول الى المعلوم يصير الكل مجهولاً ،ولهذا اذا شرطا أنها حلوب أو لبون لا تفسد لكونه وصفاً مرغوباً فيه ذكره الطحاوى « رح » سلمناه ولكنه مجهول ليس في وسع البائع تحصيله ولا الى معرفته سبيل بخلاف ما نحن فيه ، فإن له أن يأمره بالخبز والكتابة فيظهر حاله .

(وهذا) أى الاختلاف في النوع بكونه خبازاً أو غير خباز وبكونه كاتباً أو غير كاتب (يرجع الى اختلاف النوع) يعني بمنزلة الإختلاف في النوع حتى لا يفسد العقد بل

لقلة التفاوت في الأغراض فلا يفسد العقد بعدمـــه بمنزلة وصف الذكورة والأنوثـــة في الحيوانات وصار كفوات وصف السلامة .

يكون للمشترى الخيار (لقلة التفاوت في الاغراض فلا يفسد العقد بعدمه بمنزلة وصف الذكورةوالانوثة في الحيوانات) كما اذا اشترى شاة على أنها نعجة فإذا هي حمل وقيد فيه بالحيوان لان في بني آدم يورث اختلاف الجنس لفحش التفاوت كما اذا باع عبداً فإذا هي جارية ويفسد به العقد .

(وصار كفوات وصف السلامة) أي صار فوات الخبز والكتابة فيما إذا اشترى على أنه خباز أو كاتب فوجده بخلافه كفوات وصف السلامة فيما اذا اشترى على انه سليم فوجده معيباً فثمة له ولاية الرد فكذا ها هنا ، والحاصل أن الاختلاف بالوصف ان كان مما يوجب التفاوت الفاحش في الاغراض كان راجعاً الى الجنس كمـا في بيع عبد وظهر جارية فيفسد به العقد ، وان كان مما لا يوجب كان راجعـاً الى النوع كما في شراء نعجة فظهر أنها حمل فلا يفسد العقد لكنه يوجب التخيير لفوات وصف السلامة ، وفي الذخيرة ولو امتنع الرد بسبب من الاسباب رجع المشترى على البائع بحصته من الثمن فيقوم العبد كاتباً وينظر الى تفاوت ما بين ذلك فإن مثل العشر يرجع بعشر الثمن ، وروى الحسن عن أبي حنيفة « رح » أنه لا يرجع ها هنا بشيء ولكن المذكور في ظاهر الرواية أصح وبه قال الشافعي رضي الله عنه ، لان البائع عجز عن تسليم وصف السلامة كما في المعيب ،ولو وقع الاختلاف بين المشترى والبائع في هذه الصور بعد ما مضى حين من وقت البيع فقال المشتري لم أجده كاتباً ، وقال البائع إني سلمته إليك كذلك ولكنه نسي عندك وقـد ينسى في تلك المدة فالقول للمشتري لأن الإختلاف وقع في وصف عارض إذ الأصل عدم الكتابة والخبز قـال الله تعالى ﴿ والله أخرجكم من بطون أمهاتكم لا تعلمون شيئاً ﴾ ٧٨ النحل ولو اشترى بقرة على أنها حبلى فولدت عنده وشرب اللبن وأنفق عليها فإنه يردها والولد وما شرب من اللبن لأن البيع وقع فاسداً وكانت في ضمانه والنفقة عليـه ولو اشترى شاة على انها نعجة فإذا هو معز يجوز وله الخيار لأن حكمها واحد في

وإذا أخذه بجميع الثمن لأن الأوصاف لا يقابلها شيء من الثمن لكونها تابعة في العقد على ما عرف.

الصدقات ، وكذا لو اشترى بقرة فإذا هي جاموس ، ولو اشترى جارية على أنها مولودة الكوفة فإذا هي مولودة بغداد واشترى غلاماً على انه فحل فإذا هو خصي أو على عكسه أو على أنها بغلة فإذا هو بغل أو على أنها ناقة فإذا هو فحل ، أو على أنه لحم ضأن فوجده لحم معز أو على عكسه ففيها كلها له الخيار .

(وإذا أخذه) أي وإذا أخذ العبد الذي اشتراه على أنه خباز أو كاتب فظهر بخلافه (بجميع الثمن لان الاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن لكونها تابعة في العقد) تدخل فيه من غير ذكر (على ما عرف) فيما تقدم .



باب خيار الرؤية

ومن اشترى شيئاً لم يره فالبيع جائز وله الخيار إذا رآه إن شـــاء أخذه بجميع الثمن وإن شاء رده . وقـــال الشافعي « رح » لا يصح العقد أصلاً لأن المبيع مجهول

(باب خيار الرؤية)

أي هذا باب في بيان خيار الرؤية والإضافة فيه من قبيل إضافة المسمى إلى شرطه ، وقال تاج الشريعة من إضافة الحكم إلى سببه .

(قال) أي القدوري « رح » (ومن اشترى شيئاً لم يره فالبيع جائز) صورته أن يقول الرجل لغيره بعتك الثوب الذي في كمي هذا وصفته كذا أو الدرة التي في كمي هذا وصفتها كذا ولم يذكر الصفة أو يقول بعت منك هذه الجارية المتنقبة ، أما إذا قـال بعت ما في كمي أو ما في كمي هذه من شيء هل يجوز البيع لم يذكره في المبسوط قـال عامة مشايخنا « رح » إطلاق الجواب يدل على جوازه عندنا وبعضهم قال لا يجوز لجهالة المبيع وفي المبسوط الإشارة إليه وإلى مكانـــه شرط الجواز حتى لو لم يشر إليه ولا إلى مكانه لا يجوز بالإجماع ، وفي الأسرار صورته عبداً أو أمة متنقبة مشاراً إليها حاضرة له الخيار إذا كشف ثم خيار الرؤية لا يثبت الا في أربعة أشياء في الشرى والإجارة والقسمة والصلح في دعوى المال على شيء بعينه .

(وله الخيار اذا رآه ان شاء أخذه بجميع الثمن وان شاء رده . وقال الشافعي رضي الله عنه لا يصح العقد أصلا لأن المبيع مجهول) لانه لم يعرف من المعقود عليه الا الاسم وفي الدراية وعند الشافعي رضي الله عنه ان كان جنس البيع معلوماً بأن قال بعتك ما في هذه الحواليق من الثياب فله قولان وان لم يكن معلوماً بأن قال بعت مافي هذه الحواليق .

فالمبيع باطل عنده قولاً واحداً ، وفي شرح الوجيز والحلية بيع ما لم يره البائع والمشتري يصح في القديم وبه قال أبو حنيفة ومالك وأحمد « رح » لا يصح في الجديد لأن المبيع مجهول ، وفي الحلية يجوز بيع الغائب في القول المختار وهو قول عثمان وطلحة رضي الله عنهما ، واختاره القفال و كثير من أصحابنا .

(ولنا قوله عليه الصلاة والسلام) أي قول النبي ﷺ (من اشترى شيئاً لم يره فله الخيار اذا رآه) الحديث روي مرسلا ومسنداً ، فالمسند أخرجه الدارقطني في سننه ، وعن داهر بن نوح حدثنا عمر بن ابراهيم بن خالد الكردي حدثنا وهب البشكري عن محمد ابن سيرين عن أبي هريرة رضي الله عنه قال قال رسول الله ﷺ من اشترى شيئاً لم يره فهو بالخيار اذا رآه ، قال عمر الكردي وأخبرني فضيل بن عياض عن هشام عن ابن سيرين عن ابي هريرة رضي الله عنه عن النبي ﷺ مثله ، قال عمر أيضاً وأخبرني القاسم بن الحكم عن أبي حنيفة « رح » عن الهيثم عن محمد بن سيرين عن أبي هريرة عن النبي ﷺ مثله .

واما المرسل فرواه ابن ابي شيبة في مصنفه والدارقطني « رح » ثم البيهقي « رح » في سننيهما حدثنا اسماعيل بن عياش عن أبي بكر بن عبد الله بن ابي مريم عن مكحول رفعه الى النبي ﷺ قال من اشترى الى آخره ، وزاد ان شاء اخذه وان شاء تركه ، فإن قلت استدل الشافعي رضي الله عنه بأحاديث صحاح منها ما رواه مسلم عن أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ نهى عن بيع الغرر ومنها ما رواه الأربعة عن حكيم بن حزام قال عليه الصلاة والسلام لا تبع ما ليس عندك ، وقال الترمذي « رح » هذا حديث حسن ومنها ما رواه الأربعة أيضاً عن عبد الله بن عمر رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال لا يحل سلف وبيع ولا شرط في بيع ولا ربح ما لم يضمن ولا بيع ما ليس عندك ، وقال الترمذي حسن صحيح ، وقالوا حديث أبي هريرة رضي الله عنه الذي احتججتم به فيه عمرو ابن ابراهيم الكردي ، قال الدارقطني « رح » هو يضع الأحاديث ، وهذا باطل لا يصح لأنه لم يروه غيره وإنما يروي ابن سيرين « رح » من قوله ، وقال ابن القطان « رح » في كتابه والراوي عن الكردي داهر بن نوح وهو لا يعرف وفي المرسل أبو بكر بن أبي مريم

قال الدارقطني « رح » ضعيف قلت أما حديث أبي هريرة رضي الله عنه فإن أبا حنيفة ومحمد « رح » روياه بإسنادهما ذكره صاحب المبسوط وغيره من أصحابنا وهم ثقـــات ، وذكر في المبسوط أيضاً أن ابن عباس رضي الله عنهما والحسن البصري وسلمة بن الحسين « رح » رووه مرسلا وهو حجة عندنا ، والحديث الذي رواه العلماء الكبار « رح » إذا كان في طريق من طرقه منها لا يترك مع أن الطعن المبهم لا يقبل وعمل بهذا الحديث كثير من العلماء « رح » مثل مالك وأحمد وغيرهما .

وفي نوادر الفقهاء لابن بنت نعيم أجمع الصحابة رضوان الله عليهم على جواز بيـــع الغائب المقدور على تسليمه وأن لمشتريه خيار الرؤية إذا رآه ، فإن قيل بيع الآبق متفق على منعه فكذا الغائب ، قلنا لم يمتنع بيع الآبق لغيبته بل لتعذر تسليمه كالطير في الهواء والسمك في الماء والجواب عن النهي عن بيع الغرر أنه لا يدري أيكون أم لا ، وعلى ما لا يقدر على تسليمه كذا قال أهل اللغة ، وقال ابن حزم في المحلى إذا وصف الغـائب عن رد دينه وخير ملكه المشتري فأين الغرر ولم يزل المسلمون يتبايعون الضياع في البلاد البعيدة بالصفة ، باع عثمان لطلحة رضي عنهما أرضاً بالكوفة لم يرياه فقضى جبير بن مطعم رضي الله عنه أن الخيار لطلحة رضي الله عنهما ، وما نرى للشافعي رضي الله عنه سلفاً في منع بيع الغائب الموصوف ، ولا خلاف في اللسان ما في ملك بائع ما هو عنده وما ليس في ملكه ، فليس عنده ، وإن كان في يده ، والجواب عن حديث حكيم بن حزام « رح » أن المراد من قوله ما ليس عندك عدم الملك لأن تمام الحديث يدل على ذلك ، وتمامه قـال سألت رسول الله ﷺ فقلت يأتيني الرجل فيسألني من البيع ما ليس عندي ابتاع له من السوق ثم أبيعه منه قالا لا تبع ما ليس عندك هكذا رواه الترمذي « رح » وغيره ، وفي رواية النسائي أبيعه منه ثم ابتاعه له من السوق ، فقال لا تبع ما ليس عندك .

(ولأن الجهالة بعدم الرؤية لا تفضي إلى المنازعة لأنه لو لم يوافقه يرده) لأنـــه لو لم يوافقه بعد الرؤية يرده على بائعه بلا نزاع وإنما يفضي إلى المنازعة لو قلنا بانبرام العقد ولم

فصار كجهالة الوصف في المعاين المشار إليه ، وكذا إذا قال رضيت ثم رآه له أن يرده لأن الخيار معلق بالرؤية لما روينا فلا يثبت قبلها وحق الفسخ بحكم أنه عقد غير لازم

نقل به (فصار كجهالة الوصف في المعاين المشار إليه) بأن اشترى ثوباً مشاراً إليه غير معلوم عدد وزعاته يجوز لكونه معلوم العين وإن لم يكن ثمة جهالة لا يفضي إلى النزاع .

(وكذا إذا قال رضيت) وفي بعض النسخ قال وكذا إذا رضيت ذكر هذا تفريعاً على مسألة القدوري ، يعني قال المشتري بعد تمام البيع رضيت بذلك البيع على أي وصف كان (ثم رآه له أن يرده) وهو ظاهر مذهب الشافعي رضي الله عنه ، وحكى في تتمتهم وجهاً آخر أنه ينفذ كما إذا اشترى على أن لا خيار (لأن الخيار معلق بالرؤية لما روينا) والحديث الذي ذكره (فلا يثبت قبلها) أي فلا يثبت الخيار قبل الرؤية على تأويل المذكور ، لأن المعلق بالشيء لا يثبت قبله لئلا يلزم وجود المشروط بدون الشرط ، فإن قيل المذهب عندنا ان المعلق بالشرط يوجد عند وجوده ، ولا يلزم عدمه عند عدمه لجواز أن يوجد بعلة أخرى فكيف يصح قوله فلا يثبت قبله لأنه دعوى بلا دليل . قلنا هذه وصية متلقاة من جهة صاحب الشرع فتنتهن إلى ما انهان إليه ، والشرع أثبت الخيار بالرؤية فلا يثبت قبلها ، ولو يثبت إنما يثبت بدليل آخر ، فمن ادعاه فعليه البيان كذا قيل ، فإن قيل يشكل بخيار العيب فإنه إذا قال رضيت به قبل إن أراده فلا خيار له قلنا سبب الخيار هناك العيب وهو موجود قبل العلم فيكون الخيار ثابتاً ، ولا كذلك ها هنا كما بينا فافترقا .

(وحق الفسخ) هذا جواب عن سؤال مقدر يرد على قوله لأن الخيار معلق بالرؤية فلا يثبت قبله بأن يقال لما لم يثبت قبل الرؤية لما كان له حق الفسخ قبل الرؤية لأنه من نتائج ثبوت الخيار له كالقبول فكان معلقاً بها فلا يوجد قبلها فأجاب بقوله وحق الفسخ يعني يمكنه من الفسخ (بحكم أنه) أي أن العقد بخيار الرؤية (عقد غير لازم) لأنه لم يقع مبرماً فجاز فسخه لهؤلاء فيه ألا ترى أن كل واحد من العاقدين في عقد الوديعة والعارية

لا بمقتضى الحديث، ولأن الرضاء بالشيء قبل العلم بأوصافه لا يتحقق فلا يعتبر قوله رضيت قبل الرؤية بخلاف قوله رددت. قال ومن باع ما لم يره فلا خيار له وكان أبو حنيفة «رح» يقول أولاً له الخيار اعتباراً بخيار العيب وخيار الشرط،

والوكالة يملك الفسخ باعتبار عدم لزوم العقد وإن لم يكن له خيار لا شرطاً ولا شرعاً.

(لا بمقتضى الحديث) أي لا للبناء على الخيار الذي اقتضاه الحديث. قال الأكمل وفيه نظر لأن عدم لزوم هذا العقد باعتبار الخيار ملزوم للخيار، والخيار معلق بالرؤية لا يوجد بدونها فكذا ملزومه لأن ما هو شرط اللازم فهو شرط الملزوم (ولان الرضاء بالشيء) جواب آخر وتحقيقه أن رضى الشخص بالشيء (قبل العلم بأوصافه) أي قبل أن يعلم بأوصاف ذلك الشيء (لا يتحقق) لأن الرضاء استحسان الشيء واستحسان ما لم يعلم ما يحسنه غير متصور (فلا يعتبر قوله رضيت قبل الرؤية بخلاف قوله رددت) لأنه فسخ لعدم الرضاء وهو لا يحتاج إلى معرفة المحسنات لا يقال عدم الرضاء لاستقباح الشيء واستقباح ما لم يعلم ما يقبحه غير متصور، لان عدم الرضاء قد يكون باعتبار ما بدا له من انتفاء حاجته إلى المبيع أوضاع ثمنه أو استغلائه فلا يستلزم الاستقباح، وذكر في التحفة أن جواز الفسخ قبل الرؤية لا رواية فيه لكن المشايخ «رح» اختلفوا فقال بعضهم لا يصح قياساً على الإجارة، وقال بعضهم يصح دون الإجازة وهو مختار المصنف رحمه الله.

(قال) أي القدوري (ومن باع ما لم يره فلا خيار له) صورته ورث شيئاً فباعه قبل الرؤية فلا خيار له وبه قال الشافعي رضي الله عنه (وكان أبو حنيفة رضي الله عنه يقول أولاً له الخيار) وبه قال الشافعي رضي الله عنه في وجه وقال في وجه لا ينعقد بيعه قولاً واحداً (اعتباراً) أي قياساً (بخيار العيب وخيار الشرط) أما خيار العيب فإنه لا يختص بجانب المشتري بل إذا وجد البائع الثمن زيفاً فهو بالخيار إن شاء جوز وإن شاء رد كالمشيئة إذا وجد المبيع معيباً، لكن لا ينفسخ رد الثمن وينفسخ برد المبيع لأنه أصل دون الثمن، وأما خيار الشرط فإنه يصح من الجانبين كما تقدم.

وهذا لأن لزوم العقد بتمام الرضاء زوالاً وثبوتاً ، ولا يتحقق ذلك إلا بالعلم بأوصاف المبيع وذلك بالرؤية فلم يكن البائع راضياً بالزوال ، ووجه القول المرجوع إليه أنه معلق بالشراء لما روينا فلا يثبت دونه ، وروى أن عثمان بن عفان رضي الله عنه باع أرضاً بالبصرة من طلحة بن عبيد الله رضي الله عنه فقيل لطلحة إنك قد غبنت

(وهذا) أي ثبوت الخيار للبائع (لان لزوم العقد بتمام الرضا زوالاً) أي من حيث الزوال من جهة المبيع في حق البائع (وثبوتا) أي من حيث الثبوت من جهة الشراء في حق المشتري (ولا يتحقق ذلك) أي الرضا (إلا بالعلم بأوصاف المبيع وذلك) أي العلم بأوصاف المبيع (بالرؤية) فإن بالرؤية يحصل الإطلاع على دقائق لا تحصل بالعباره (فلم يكن البائع راضياً بالزوال) أي قبل الرؤية لعدم تمام الرضاء .

(ووجه القول المرجوع إليه) وهو عدم الخيار (أنه) أي أن الخيار (معلق بالشراء لما روينا) وهو الحديث المذكور (فلا يثبت دونه) أي دون الشراء ، ورؤية المشتري ، فإن قيل البائع مثل المشتري في الاحتياج إلى تمام الرضاء فيلحق بـه دلالة أجيب بأنهما ليساسيان فيـه لأن الرد من جانب المشتري باعتبار أنه كان يظنه خيراً مما اشترى فيرده لفوات الوصف المرغوب لأن الرد من جانب المشتري باعتبار أن المبيع أزيد مما ظن فصار كما لو باع عبداً بشرط أنه معيب فإذا هو صحيح لم يثبت للبائع خيار ، وإذا لم يكن في معناه لم يلحق به فإن قيل المعلق بالشرط يوجد قبل وجود الشرط لسبب آخر ، وها هنا وجد القياس أجيب بأنه ثابت بالنص غير معقول المعين فلا يجوز فيه القياس سلمناه .

ولكن القياس على مخالفة الإجماع باطل ، والإجماع في قضية عثمان وطلحة رضي الله عنهما على مـا ذكره بقوله (وروى أن عثمان رضي الله عنه) وهو عثمان بن عفان (باع أرضاً بالبصرة) أي كانت الأرض بالبصرة وعثمان رضي الله عنه بالمدينة (من طلحة بن عبيد الله) التميمي أحد العشرة المبشرة بالجنة (فقيل لطلحة رضي الله عنه إنك قد غبنت) على صيغة المجهول من الغبن بالغين المعجمة وسكون الباء يقـال غبنته في البيع أي خدعته

فقال :لي الخيار لأني اشتريت مـــا لم أره ، وقيل لعثمان رضي الله عنه إنك قد غبنت ، فقال لي الخيار لأني بعت ما لم أره فحكما بينهما جبير بن مطعم رضي الله عنه فقضى بالخيار لطلحة رضي الله عنـــه وكان ذلك بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم ثم خيـار الرؤية غير مؤقت بل يبقى إلى أن يوجد ما يبطله ، وما يبطل خيار الشرط من تعيب أو تصرف يبطل خيار الرؤية ، ثم إن كان تصرفاً لا يمكن

(فقال لى الخيار لأني اشتريت ما لم أره، وقيل لعثمان إنك قد غبنت فقال لي الخيار لاني بعت ما لم أره فحكما بينهما) بتشديد الكاف من التحكيم (جبير بن مطعم) بن عدي الصحابي المشهور (فقضى بالخيار لطلحة رضي الله عنه) وهذا أخرجه الطحاوي « رح » ثم البيهقي « رح » عن علقمة بن أبي وقاص رضي الله عنه أن طلحة رضي الله عنه اشترى من عثمان رضي الله عنه مالا فقيل لعثمان أنك قد غبنت ... الحديث .

(وكان ذلك) أي حكم جبير بن مطعم رضي الله عنه كان بين عثمان وطلحة رضي الله عنهما (بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم) ولم ينكر عليه أحد من الصحابة رضوان الله عليهم عنه فكان إجماعاً بينهم ولهذا رجع أبو حنيفة « رح » حين بلغه الخبر (ثم خيـــار الرؤية غير مؤقت) قيل إنه مؤقت بوقت إمكان الفسخ بعد الرؤية وبه قال بعض أصحاب الشافعي رضي الله عنه حتى إذا وقع بصره عليه ولم يفسخه سقط حقه .

والأصح ما قاله المصنف « رح » بقوله (بل يبقى) أي خياره (إلى أن يوجد مـــا يبطله) لأنه ثبت حكما لانعدام الرضى فيبقى إلى أن يوجد ما يبطل عدم الرضاء (ومــا يبطل خيار الشرط) كلمة ما موصولة مبتدأ ويبطل بضم الياء من الإبطال صلة الموصول وخيار الشرط بالنصب مفعوله ، وكلمة من في قوله (من تعيب) للبيــان أي من تعيب في البيع الذي اشتراه بخيار الشرط (أو تصرف) أي أو تصرف في خيار الشرط ، وقوله (يبطل خيار الرؤية) خبر المبتدأ وصورة التعيب في خيار الشرط قد مضت هناك ، وإما التصرف في خيار الرؤية فعلى ضربين أشار إلى الأول بقوله (ثم إن كان) أي التصرف (تصرفا لا يمكن

رفعه كالاعتاق والتدبير أو تصرفاً يوجب حقاً للغير كالبيع المطلق والرهن والإجارة يبطله قبل الرؤية وبعدها لأنه لما لزم تعذر الفسخ فبطل الخيار وإن كان تصرفاً لا يوجب حقاً للغير كالبيع بشرط الخيار والمساومة والهبة من غير تسليم لا يبطله إذا كان قبل الرؤية

رفعه) يعني بعد وقوعه (كالإعتاق) بأن أعتق عبده الذي اشتراه ولم يره .

(والتدبير) بأن دبره قبل رؤيته (أو تصرفا) أي أو تصرف تصرفاً (يوجب حقاً للغير) وهذا هو الضرب الثاني (كالبيع المطلق) بأن باع الذي اشتراه ولم يره مطلقاً يعني بدون شرط الخيار (والرهن) بأن رهن الذي اشتراه قبل الرؤية (والإجارة) بأن أجره لأحد قبل رؤيته (يبطله) جواب قوله ثم إن كان وجواب عطف عليه وهوالضرب الثاني من الضربين ، أي يبطل خياره للرؤية في الضرب الأول ، والضرب الثاني وسواء في البطلان (قبل الرؤية وبعدها لأنه لما لزم) أي هذا التصرف إما لعدم إمكان رفعه أو لكونه موجباً حقاً للغير (تعذر الفسخ فبطل الخيار) ضرورة عدم إمكان العمل بالنص وفي شرح الأقطع لو عاد إلى ملكه بسبب الرد بقضاء أو بفك الرهن ، أو فسخ الإجارة لم يرد بخيار الرؤية لأنه يبطل بعقده فلا يعود بسبب ملكه ،فإن قيل بطلان الخيار قبل الرد يخالف لحكم النص لأنه أثبت الخيار إذا رآه قلنا ذاك فيما إذا أمكن العمل بحكم النص ، وهذه تصرفات مبنية على الملك وصحة هذه التصرفات بناء على قيام الملك وبعد صحتها لا يمكن دفعها فيسقط الخيار ضرورة بطلان العقد ، وخيار الرؤية بالنص فيما إذا بقي حكم العقد كذا في الذخيرة .

(وإن كان) أي التصرف (تصرفا لا يوجب حقاً للغير كالبيع بشرط الخيار) بأن باع ما اشتراه قبل الرؤية بشرط الخيار (والمساومة) بأن عرضه على البيع (والهبة من غير تسليم) بأن وهبه لشخص ولكن لم يسلمه للموهوب له (لا يبطله) جواب قوله وإن كان تصرفاً لا يوجب حقاً للغير أي لا يبطل خيار الرؤية لكن ليس على الإطلاق بل إنما لا يبطله (إذا كان قبل الرؤية) أي رؤية الشيء الذي اشتراه .

لأنه لا يربو على صريح الرضاء فيبطله بعد الرؤية لوجود دلالة الرضاء .
قال ومن نظر إلى وجه الصبرة أو إلى ظاهر الثوب مطوياً أو إلى وجه الجارية أو إلى وجه الدابة وكفلها فلا خيار له ، والأصل في هذا أن رؤية جميع المبيع غير مشروط لتعذره فيكتفي برؤية ما يدل على العلم بالمقصود ولو دخل في البيع أشياء

(لأنه) أي لأن هذا التصرف (لا يربو) أي لا يزيد (على صريح الرضاء) وصريح الرضاء لا يبطله قبل الرؤية ، وبدليل الرضى أولى أن لا يبطل لأنه دونه (ويبطله بعد الرؤية لوجود دلالة الرضاء) وفي المجتبى لا يطالب المشتري بالثمن قبل الرؤية ولايتوقف الفسخ على القضاء والرضاء بل ينفسخ بمجرد قوله رددت سواء كان قبل المشترى أو بعده ، لكنه لا يصح إلا بمحضر من البائع عند أبي حنيفة « رح » ومحمد « رح » خلافاً لأبي يوسف « رح » والخلاف فيه كالخلاف في خيار الشرط والإجازة فصح بدونه وليس في الدراهم والدنانير والديون خيار الرؤية ، ولو كان أياً من النقدين أو تبراً وحلى مصوغ فله الخيار ولو تبايعا عيناً بعين فلهما الخيار ولو تبايعا عيناً بدين فللمشتري العين خياره .

(قال) أي القدوري « رح » (ومن نظر إلى وجه الصبرة أو إلى وجه الجارية) ذكر الجارية وقع اتفاقاً فإن الحكم في الغلام كذلك في الإيضاح المعتبر في العبد والأمة النظر إلى الوجه ، لأن سائر الأعضاء في العبيد والجواري تبع للوجه ، ألا ترى أن القيمة تتفاوت بتفاوت الوجه مع التساوي في سائر الأعضاء (أو إلى ظاهر الثوب مطويا) أي أو نظر إلى ظاهر الثوب حال كونه مطويا (أو إلى وجه الدابة) أي أو نظر إلى وجه الدابة (وكفلها) أي وإلى كفلها (فلا خيار له) جواب من وما بعدها .

(والأصل في هذا) أي في اسقاط خيار الرؤية (أن رؤية جميع المبيع غير مشروط لتعذره) أي لتعذر رؤية الجميع على تأويل المذكور وفي بعض النسخ لتعذرها فلا يحتاج إلى التأويل (فيكتفى برؤية ما يدل على العلم بالمقصود) لحصول المقصود (ولو دخل في البيع أشياء) يعني متعددة من جنس واحد .

فإن كان لا يتفاوت آحادها كالمكيل والموزون وعلامته أن يعرض بالنموذج يكتفي برؤية واحد منها إلا إذا كان الباقي أردأ مما رأى فحينئذ يكون له الخيار ، وإن كان يتفاوت احادها كالدواب والثياب لا بد من رؤية كل واحد منها ، والجوز والبيض من هذا القبيل فيما ذكر الكرخي « رح » ،

(فإن كان لا يتفاوت آحادها كالمكيل والموزون) والعددي المتقارب ، وقيد بقوله لا تتفاوت آحادها لأنه إذا كان المكيل أو الموزون من أنواع مختلفة فخياره باق (وعلامته) أي علامة الشيء الواحد الذي لا تتفاوت آحاده (أن يعرض بالنموذج) بفتح النون وبيان الانموذج أيضاً بضم الهمزة وهو تعريب نموذه كذا في المغرب (يكتفي برؤية واحد منها) أي من هذه الأشياء المتعددة .

(إلا إذا كان الباقي) من الذي ما رآه (أردأ مما رأى فحينئذ يكون له الخيار) أطلق المصنف « رح » الخيار ، وفي الينابيع يثبت له خيار المعيب لا خيار الرؤية سواء كان في وعاء واحد أو أوعية مختلفة بعد أن يتحد الكيل في الجنس والصفة .

وفي جامع قاضي خان قال مشايخ بلخ « رح » برؤية أحد الوعائين لا يبطل خياره ، والصحيح أنه يبطل لأن رؤية البعض تعرف حال الباقي ، فإن تغير الباقي له أن يرده ، وفي الذخيرة المكيل والموزون يكتفي برؤية البعض إذا كان في وعاء واحد ، وإن كانا في وعاءين فرأى ما في أحدهما اختلف المشايخ فيه قال مشايخ العراق « رح » إذا رضي مما رأى يبطل خياره في الكيل إذا وجد ما في الوعاء الآخر مثل ما رأى أو فوقه ، أما إذا وجد دونه فهو على خياره ، ولكن إذا أراد الرد يرد الكل .

(وإن كانت تتفاوت آحادها كالدواب والثياب لا بد من رؤية كل واحد منها) لأن رؤية البعض لا تعرف الباقي لتفاوت في آحاده (والجوز والبيض من هذا القبيل) أي من قبيل ما تتفاوت آحاده لأنه يختلف بالصغر والكبر وهو اختيار قاضي خان « رح » (فيما ذكر الكرخي « رح ») ومال المصنف إلى أنه يكتفي برؤية واحد منها ولهذا قال

وكان ينبغي أن يكون مثل الحنطة والشعير لكونهما متقاربة إذا ثبت هذا فنقول النظر إلى وجه الصبرة كاف لأنه يعرف وصف البقية لانه مكيل يعرض بالنموذج ، وكذا النظر إلى ظاهر الثوب مما يعلم به البقية إلا إذا كان في طيه ما يكون مقصوداً لموضع العلم والوجه هو المقصود في الآدمي

(وكان ينبغي أن يكون) أي الجوز واللوز (مثل الحنطة والشعير لكونهما)[1] أي لكون آحادهما أي آحاد الجوز واللوز (متقاربة) فيكتفى برؤية البعض عن الباقي ، وفي المجرد وهو الأصح وبه قال بعض أصحاب الشافعي رحمه الله .

(إذا ثبت هذا) أي ما ذكرنا من التفصيل والتقرير (فنقول النظر إلى وجه الصبرة كاف ، لأنه يعرف وصف البقية لأنه مكيل يعرض بالنموذج) وهو ظاهر مذهب الشافعي رضي الله عنه ، وحكي عنه أنه لا يكفي رؤية ظاهر الصبرة بل لا بد من تقلبها ليعرف حال باطنها ، والمذهب المشهور هو الأول عنده .

(وكذا النظر إلى ظاهر الثوب مما يعلم به البقية إلا إذا كان في طيه ما يكون مقصوداً لموضع العلم) وفي شرح المجمع المسألة معروفة في الثواب الذي لا يتفاوت ظاهره وباطنه حتى لو خالف لا بد من رؤية ظاهره وباطنه (والوجه هو المقصود في الآدمي) أي العبد والأمة حتى لو نظر إلى غيره لا يبطل خياره ، وعند الشافعي رضي الله عنه لا بد في العبد من رؤية الوجه والأطراف ، ولا يجوز رؤية العورة وفي باقي البدن ذكره في التهذيب أنه لا بد من رؤية أظهر الوجهين وفي الأمة له وجوه احدها يعتبر رؤية ما يرى من العبد ، والثاني رؤية ما يبدي من الزينة ، والثالث يكفي رؤية الوجه والكفين وفي رؤية الشعر وجهان ، وفي التهذيب أصحها يشترط ولا يشترط رؤية اللسان والاسنان في أصح الوجهين كذا في شرح الوجيز ، وفي الغاية الأولى تحكيم العرف .

---

(١) لكونها — هامش .

وهو والكفل في الدواب فيعتبر رؤية المقصود، ولا يعتبر رؤية غيره . وشرط بعضهم رؤية القوائم ، والأول هو المروى عن أبي يوسف رحمه الله وفي شاة اللحم لا بد من الجس لأن المقصود وهو اللحم يعرف به وفي شاة القنية لا بد من رؤية الضرع وفيما يطعم لا بد من الذوق ، لان ذلك هو المعرف للمقصود .

(وهو) أي الوجه (والكفل في الدواب فيعتبر رؤية المقصود ولا يعتبر رؤية غيره) أي غير المقصود حتى لو رأى سائر أعضائه دون الوجه يبقى على خياره ، وفي بعض النسخ دون غيرها أى غير الثلاثة ، وهي الوجه في الآدمي والوجه والكفل في الدواب والأول أصح .

(وشرط بعضهم رؤية القوائم) أى شرط بعض المشايخ « رح » رؤية قوائم الدابة (والأول) هو رؤية الوجه والكفل (هو المروى عن أبي يوسف رحمه الله) رواها بشرعته وعن أبي يوسف رحمه الله يعتبر في الدواب عرف التجار وهو رواية المعلى عنه ، وعن محمد « رح » يكفي رؤية الوجه اعتباراً بالعبد والامة ، وعند الشافعي رضي الله عنه لا بد من رؤية الوجه والكفل والقوائم ويجب رفع السرج والإكاف والجبل وعند بعض أصحابه أنه لا بد من أن يجرى الفرس بين يديه ليعرف سيره .. كذا في شرح الوجيز (وفي شاة اللحم) وهي الشاة التي تشترى للذبح لاجل اللحم (لا بد من الجس لأن المقصود وهو اللحم يعرف به) أى بالجس ليعرف أنها سمينة أو مهزولة .

(وفي شاة القنية) وهي الشاة التي تحبس في البيت لأجل النتاج ، وفي المغرب قنوت المال حميته قنواً وقنوة وقنية اتخذته لنفسي قنية أى للنسل لا للتجارة ، وقال الجوهرى « رح » قنوة الغنم وغيرها قنوة وقنوه وقنيت أيضاً قنية وقنية إذا اقتنيتها لنفسك لا للتجارة (لا بد من رؤية الضرع) وفي الذخيرة لا بد من النظر إلى ضرعها وسائر جسدها .

(وفيما يطعم لا بد من الذوق ، لان ذلك) أي الذوق (هو المعرف للمقصود) وفي

قال وإن رأى صحن الدار فلا خيار له ، وإن لم يشاهد بيوتها ، وكذلك إذا رأى خارج الدار أو رأى أشجار البستان من خارج ، وعند زفر «رح» لا بد من دخول داخل البيوت ، والأصح أن جواب الكتاب على وفاق عادتهم في الأبنية فإن دورهم لم تكن متفاوتة يومئذ ، فأما اليوم فلا بد من الدخول في داخل الدار للتفاوت والنظر إلى الظاهر لا يوقع العلم بالداخل .

بعض النسخ لأن ذلك أي الذوق (قال) أي القدوري « رح » (وإن رأى صحن الدار) قال الجوهري صحن الدار وسطها (فلا خيار له وإن لم يشاهد بيوتها ، وكذلك) أي لا خيار له (إذا رأى خارج الدار أو رأى أشجار البستان من خارج) لأن كل جزء من أجزائها متعذر الرؤية كما تحت السور وبين الحيطان من الجذوع والأسطوانات ، ولايشترط رؤية المطبخ والمزبلة والعلو إلا أن يكون العلو مقصوداً كما في سمرقند (وعند زفر « رح » لا بد من دخول داخل البيوت) وبه قال ابن أبي ليلى ، وعند الشافعي رضي الله عنه لا بد مع ذلك من رؤية السقوف والمطبخ والسطوح والجدران خارجاً وداخلا ، ورؤية المستحم والبالوعة وبه قال الحسن بن زياد « رح » وقال في شرح الأقطع والصحيح ما قاله زفر « رح »

(والأصح أن جواب الكتاب) أي القدوري « رح » (على وفاق عادتهم) أي عادة أهل الكوفه وأهل بغداد في زمن أبي حنيفة رحمه الله (في أبنيتهم[1] ، فإن دورهم لم تكن متفاوتة يومئذ ، وأما اليوم) أي في ديارنا (فلا بد من الدخول) كما قال زفر «رح» (في داخل الدار للتفاوت) لقلة الموافق وكثرتها .

(والنظر إلى الظاهر لا يوقع العلم بالداخل) وهو الصحيح اليوم ، وفي المحيط والذخيرة بعض مشايخنا قال في الدار يعتبر ما هو المقصود حتى لو كان في الدار بيتان شتويان

---

(١) الأبنية - هامش .

قال ونظر الوكيل كنظر المشتري حتى لا يرده إلا من عيب ولا يكون نظر الرسول كنظر المشتري ،

وبيتان صيفيان يشترط رؤية صحن الدار ، وفي البستان يسقط الخيار برؤية خارجه أو رؤوس الأشجار في ظاهر الرواية ، وأنكر بعض المشايخ « رح » هذه الرواية ، وقال بأن المقصود من البستان باطنه فلا يبطل برؤية خارجه كذا في شرح المجمع .

وفي جامع قاضي خان « رح » في الكرم لا يكتفي برؤية الخارج ورؤوس الأشجار وفي المحيط هذا عندهم ، أما في بلادنا لا بد من رؤية داخل الكرم ، وفي عنب الكرم لابد أن يرى من كل نوع بيتاً ، وفي النخل كذلك ، وفي الرمان من الحلو والحامض ، وعند الشافعي رضي الله عنه في البستان لا بد من رؤية الأشجار والجدران ومسائل الماء لا رؤية أساس البستان وعروق الأشجار ونحوها ، وفي رؤية ظهر الدار ومجرى الماء الذي يدور به المرحاض طريقان كذا في شرح الوجيز اشترى ، دهنــاً في زجـاج فنظر إلى الزجاج لا يكفي ذلك حتى يصبه على الكف عند أبي حنيفة « رح » وبه قال أصحاب الشافعي رضي الله عنه ، وعن محمد « رح » أنه يكفي لان الزجاج لا يخفي صورة الدهن .

(قال) أي محمد « رح » في الجامع الصغير (ونظر الوكيل كنظر المشتري) صورة التوكيل أن يقول المشتري لغيره كن وكيلي في قبض المبيع أي وكلتك بقبضه (حتى لا يرده إلا من عيب) إذا ظهر فيه أي من عيب لم يعلمه الوكيل ، فإن كان قد علم يجب أن يبطل خيار المعيب كذا ذكره الفقيه أبو جعفر « رح » ، والصحيح أن لا يملك الوكيل بالقبض إبطال خيار العيب فيكون معناه علم أو لم يعلم هكذا في الجامع الصغير لفخر الإسلام البزدوي « رح » .

(ولا يكون نظر الرسول كنظره [1]) صورته أن يقول كن رسولي بقبضه أو قال أرسلتك لقبضه أو قال قل لفلان أن يدفع المبيع إليك ، والفرق بين الوكيل والرسول أن الوكيل لايضيف العقد إلى موكله بل يعقد بالاستبداد، والرسول لا يستغني عن الإضافة إلى المرسل وقيل لا فرق بين الرسول والوكيل في فصل الأمر بأن قال اقبض المبيع ولا يسقط الخيار .

---

(١) كنظر المشترى – هامش .

وهــذا عند أبي حنيفة « رح » ، وقالا هما سواء وله أن
يرده . قال « رض » معناه الوكيل بالقبض فأمــا الوكيل بالشراء
فرؤيته تسقط الخيار بالإجماع لهما أنه توكل بالقبض دون إسقـاط
الخيار ، فلا يملك مـا لم يتوكل به وصار كخيار العيب والشرط
والاسقاط قصداً وله أن يقبض نوعان تام وهو أن يقبضه وهو يراه
وناقص وهو أن

(وهذا) أي عدم كون نظر الرسول كنظره (عند أبي حنيفة « رح » وقــالا هما سواء) أي الوكيل والرسول سواء (وله) أي وللمشترى (أن يرده) أي المبيع إذا رآه ، فإن شاء أخذه وإن شاء تركه (قال) أي المصنف « رح » (معناه) أي معنى قوله في الجامع الصغير ونظر الوكيل كنظر المشترى (الوكيل بالقبض) أي معنى قوله (فأما الوكيل بالشراء فرؤيته تسقط الخيار بالإجماع) وليس للموكل إذا رأى أن يرده لأن حقوق العقد راجعة إلى الوكيل بالشراء (لهما) أي لأبي يوسف « رح » ومحمد «رح» (أنه توكل بالقبض) أي أن الوكيل بالقبض توكل أي قبل الوكالة للقبض (دون إسقاط الخيار) فلا يتعدى الحكم من القبض إلى إبطال الخيار .

(فلا يملك ما لم يتوكل به) لأن إبطال الخيار ليس من القبض (وصار كخيـار العيب) أي صار هذا كمن اشترى شيئاً ثم وكل بقبضه فقبض الوكيل معيباً رأيا عيبه لم يسقط خيار العيب للموكل (والشرط) أي وصار كخيار الشرط كمن اشترى بخيـار الشرط ووكل بقبضه لم يسقط خيار الموكل .

(والإسقاط قصداً) صورته أن الوكيل بالقبض إذا قبضه مستوراً ثم رآه وأسقط عنه الخيار قصداً لا يسقط الخيار عن الموكل ، وقوله قصداً احترازاً عن الإسقاط الضمني فإنه لا يملك بقبض المبيع (وله) أي ولأبي حنيفة « رح » (أن القبض على نوعين[1] قبض تام وهو أن يقبضه) أي الوكيل (وهو يراه ناقص) أي وقبض ناقص (وهو أن

---

(١) يقبض نوعان تام — هامش .

يقبض مستوراً وهذا لأن تمامه بتمام الصفقة ؛ ولا تتم مع بقاء خيار الرؤية ، والموكل ملكه بنوعيه ، فكذا الوكيل ، ومتى قبض الموكل وهو يراه سقط الخيار فكذا الوكيل ، وإذا قبضه مستوراً انتهى التوكيل بالناقص منه ، ولا يملك إسقاطه قصداً بعد ذلك بخلاف خيار العيب لأنه لا يمنع تمام الصفقة فيتم القبض مع بقائه ، وخيار الشرط على الخلاف ،

يقبضه مستوراً) وهو لا يسقط الخيار لعدم الرضاء .

(وهذا) إشارة إلى تنوعه بالنوعين (لأن تمامه) أى تمام القبض (بتمام الصفقة ، ولا تتم) أى الصفقة (مع بقاء خيار الرؤية) لأن تمامها بتناهيها واللزوم بحيث لا يرقد إلا برضاء أو قضاء وخيار الرؤية والشرط يمنعان عن ذلك (فالموكل يملكه) أى يملك القبض (بنوعيه) أى بنوعي القبض (فكذا الوكيل ، ومتى قبض الموكل وهو يراه سقط الخيار فكذا الوكيل) أى فكذا وكيله يملكه بنوعيه (لإطلاق التوكيل) عملا بإطلاقه .

(وإذا قبضه مستوراً) جواب عما يقال لا نسلم ذلك فإن **الوكيل إذا قبضه قبضاً** ناقصاً ثم رآه فأسقط الخيار قصداً لم يسقط ، والموكل لو فعل ذلك سقط الخيار فليس الوكيل كالموكل في القبض الناقص لا محالة فأجاب بقوله وإذا قبضه أى الوكيل مستوراً (انتهى التوكيل بالناقص) أى بالقبض الناقص (منه) أى من القبض (فلا يملك اسقاطه قصداً بعد ذلك) لأنه لم يفوض إليه الإبطال قصداً وإنما يثبت له الإبطال مقتضى تتميمم القبض وهنا لما حصل القبض الناقص ... انتهى الوكيل به فليس له بعد ذلك إبطال الخيار (بخلاف خيار العيب) جواب عن قولهما فصار كخيار العيب (لأنه لا يمنع تمام الصفقة) لانه لم يشرع تتميماً للقبض بل لتسليم الجزء الفائت .

(فيتم القبض مع بقائه) أي بقاء الخيار (وخيار الشرط على الخلاف) وهذا جواب عن قولهما والشرط أى وكخيار الشرط بيانه أن خيار الشرط لا يصلح مقيساً عليه لانه على

ولو سلم فالموكل لا يملك التام منه فإنه لا يسقط بقبضه لأن الاختيار وهو المقصود بالخيار يكون بعده فكذا لا يملكه وكيله ، وبخلاف الرسول لأنه لا يملك شيئاً وإنمـــا إليه تبليغ الرسالة ولهذا لا يملك القبض والتسليم إذا كان رسولاً في البيـع . قـال وبيـع الأعمى وشراؤه جائز

هذا الخلاف ذكر القدوري « رح » أن من اشترى شيئاً على أنه بالخيار يوكل وكيلا بقبضه بعد ما رآه فهوعلى هذا الخلاف.

وقال الاترازى « رح » قوله وخيار الشرط على الخلاف ولا نص عن خيار الشرط عن ابي حنيفة « رح » كذا قالوا في شرح الجامع الصغير ، فعلى هذا يمنع ويقال لا نسلم أن خيار الشرط يصلح أن يكون مقيساً عليه لانه ليس فيه نص على الاتفاق فيه ، بل يجوز أن يكون الحكم فيه أيضاً كما في خيار الرؤية .

(ولو سلم) أي بقاء الخيار (فالموكل لا يملك التام منه) أي لا يملك القبض التـــام منه أي من القبض لأن تمامه بتمام الصفقة ولا تتم الصفقة مع بقاء خيار الشرط (فإنه) أي فإن الخيار (لا يسقط بقبضه لأن الاختيار) وهو التردد والتفكر (وهو المقصود بالخيار يكون بعده) أي بعد القبض (فكذا لا يملكه وكيله ، وبخلاف الرسول فإنـه لا يملك شيئاً) من القبض لا التام ولا الناقص (وإنما إليه تبليغ الرسالة) فيملك أداء الرسالة على أكمل الوجوه .

(ولهذا) أي ولأجل كونه مبلغــاً للرسالة فقط (لا يملك القبض) أى قبض الثمن (إذا كان رسولاً بالبيـع) ولا قبض البيع إذا كان رسولاً في الشراء أو في بعض النسخ لا يملك التسليم مكان القبض أى تسليم المبيع او الثمن باعتبار الحالتين .

(قال) اى القدوري « رح » (وبيع الأعمى وشراؤه جائز) وبه قال مالك وأحمد والشافعي رضي الله عنهم في قول ، وفي قول لا يجوز وهو اختيار المزني « رح » ، وهذا الخلاف فيمن هو أعمى وقت العقد ولم يكن بصيراً ، وأما إذا كان بصيراً فعمي بعد ذلك

وله الخيار إذا اشترى لأنه اشترى ما لم يره ، وقد قرناه من قبل ، ثم يسقط خياره بجسه المبيع إذا كان يعرف بالجس ويشمه إذا كان يعرف بالشم ويذوقه إذا كان يعرف بالذوق كما في البصير ، ولا يسقط خياره في العقار حتى يوصف له . لأن الوصف يقام مقام الرؤية كما في السلم ، وعن أبي يوسف «رح» أنه إذا وقف في مكان لو كان بصيراً لرآه ، وقال قد رضيت سقط خياره لأن التشبيه يقام مقام الحقيقة في موضع العجز كتحريك الشفتين يقام مقام

لا خلاف في جواز بيعه (وله الخيار إذا اشترى ، لأنه اشترى ما لم يره ، وقد قررناه من قبل) أي في اول الباب ان شراء ما لم يره جائز وان له الخيار والأعمى كالبصير الذي يشترى ما لم يره فيجوز شراؤه مع ثبوت الخيار له كالبصير (ثم يسقط خياره بجسه المبيع إذا كان يعرف بالجس ويشمه إذا كان يعرف بالشم ، ويذوقه إذا كان يعرف بالذوق كما في البصير ، ولا يسقط خياره في العقار حتى يوصف له) وفي الجامع العتابي الوصف في العقار ان يقف في مكان لو كان بصيراً لرآه ، ثم يذكر له صفة العقار .

(لأن الوصف يقام مقام الرؤية) وقيل يمس الحائط والباب (كما في السلم) يعني ان الوصف يقوم مقام المسلم فيه ، وإن كان المسلم فيه معدوماً للعجز ، والعجز في حق الأعمى الزم لأن رؤية المسلم فيه ممكنة ، أما رؤية الأعمى غير ممكنة ، فيقوم الوصف مقام الرؤية في حقه بالطريق الأولى .

(وعن ابي يوسف « رح » انه إذا وقف في مكان لو كان بصيراً لرآه فقال قد رضيت يسقط خياره لان التشبيه يقام مقام الحقيقة في موضع العجز كتحريك الشفتين يقام مقام

القراءة في حق الأخرس في الصلاة ، وإجراء الموسى مقام الحلق في حق من لا شعر له في الحج ، وقال الحسن « رح » يوكل وكيلاً بقبضه وهو يراه ، وهذا أشبه بقول أبي حنيفة « رح » لأن رؤية الوكيل رؤية الموكل على ما مر آنفاً . قال ومن رأى أحد الثوبين فاشتراهما ثم رأى الآخر جاز له أن يردهما لان رؤية أحدهما لا تكون رؤية الآخر للتفاوت في الثياب فبقي الخيار فيما لم يره ، ثم لا يرده وحده بل يردهما كيلا يكون تفريقاً للصفقة قبل التمام ، وهذا لان الصفقة لا تتم مع خيار الرؤية قبل القبض وبعده ، ولهذا يتمكن من الرد بغير قضاء ولا رضاء ويكون فسخاً من الاصل ،

القراءة في حق الأخرس في الصلاة وإجراء الموسى مقام الحلق في حق من لا شعر له في الحج ، وقال الحسن « رح ») ابن زياد « رح » (يوكل وكيلا بقبضه وهو يراه) فتصير رؤية الوكيل كرؤيته ، قال المصنف (وهذا) أي قول الحسن « رح » (أشبه بقول أبي حنيفة « رح » لان رؤية الوكيل رؤية الموكل على ما مر آنفاً) أي في المسألة المتقدمة .

(قال) أي القدوري « رح » (ومن رأى أحد الثوبين فاشتراهما ثم رأى الآخر جاز له أن يردهما ، لأن رؤية أحدهما لا تكون رؤية الآخر للتفاوت في الثياب ، فبقي الخيار فيما لم يره ، ثم لا يرده وحده بل يردهما كيلا يكون تفريقاً للصفقة قبل التمام) وتفريق الصفقة منهم بالإجماع .

(وهذا) توضيح لما قبله (لأن الصفقة لا تتم مع خيار الرؤية قبل القبض وبعده) أي بعد القبض يعني فيما إذا قبضه مستوراً ، قال الكاكي « رح » كذا قيل ولا حاجة إلى هذا لأن خيار الرؤية يبقى إلى أن يوجد ما يبطله (ولهذا) أي ولأجل كون الصفقة غير تامة (يتمكن) أي المشتري (من الرد بغير قضاء ولا رضاء ويكون فسخاً من الأصل) أي يكون الرد بخيار الرؤية فسخاً من الإبتداء ويكون فسخاً من الأصل لعدم تحقق الرضاء

ومن مات وله خيـــار الرؤية بطل خياره لانه لا يجري فيه الإرث عندنا ، وقد ذكرناه في خيار الشرط ، ومن رأى شيئاً ثم اشتراه بعد مدة فإن كان على الصفة التي رآها فلا خيار له لان العلم بأوصافه حاصل لـه بالرؤية السابقة ، وبفواته يثبت الخيـار إلا إذا كان لا يعلم أنه مرئيه لعدم الرضاء به ، وإن وجده متغيراً فله الخيار لان تلـــك الرؤية لم تقع معلمة بأوصافه ، فكأنه لم يره ، وإن اختلفا في التغير

لعدم العلم بصفات المعقود عليه ، فلا يحتاج إلى القضاء والرضاء بخلاف خيـار المعيب بعد القبض، فإنه لايرد إلا بالرضاء والقضاء لتمام البيـع ، وعند الشافعي رضي الله عنه في خيار البيع بعد القبض كذلك فهو فسخ من الأصل أيضاً .

(ومن مات وله خيار الرؤية بطل خياره لأنه لا يجري فيه الإرث عندنا) خلافــاً للشافعي « رح » (وقد ذكرناه في خيار الشرط) أي قد ذكرنا بطلان خيار الرؤيــة بالموت في باب خيار الشرط (ومن رأى شيئاً ثم اشتراه بعد مدة ، فإن كان على الصفة التي رآها فلا خيار له لأن العلم بأوصافه حاصل له بالرؤية السابقة وبفواته) أي بفوات العلم بأوصافه (يثبت الخيار إلا إذا كان لا يعلم أنه مرئيه) أي لا يعلم أنـــه هو الذي رآه ، وكلمة الاستثناء من قوله فلا خيار له (لعدم الرضاء به) أي لا يكون راضياً بـه ، وفي الفتاوى الصغرى صور لهذا بأنه إذا اشترى ثوباً ملفوفاً كان رآه من قبل وهو لا يعلم أن المشترى ذلك المرئى ثبت له خيار الرؤية ، وصورته في الخلاصة رجل رأى جارية عند رجل فساومه بها ولم يشترها ثم رآها بعد ذلك بمدة يتبعها فاشتراها منه متنقبة ولم يعلم أي التي هي رآها فله الخيار لعدم الرضاء .

(وإن وجده متغيراً) أي وإن وجد ما رآه بعد الشراء متغيراً عما رآه (فله الخيار لان تلك الرؤية لم تقع معلمة بأوصافه ، فكأنه لم يره ، وإن اختلفا في التغير) بأن قـال

فالقول قول البائع لان التغير حادث ، وسبب اللزوم ظاهر إلا إذا بعدت المدة على ما قالوا ، لان الظاهر شاهد للمشتري بخلاف ما إذا اختلفا في الرؤية ، لانها أمر حادث والمشتري ينكره فيكون القول قوله . قال ومن اشترى عدل زطى ولم يره

المشتري قد تغير وقال البائع لم يتغير (فالقول للبائع لأن التغير حادث) لأنه إنما يكون معيباً أو تبدل هيئته ، وكل منهما عارض ، والمشتري يدعيه والبائع منكر ومتمسك بالأصل .

(وسبب اللزوم) أي لزوم العقد وهو الرؤية السابقة أو البيع البات الخالي عن الشروط المفسدة أو رؤية جزء من المعقود عليه (ظاهر) فالقول قول من يتمسك بالظاهر ، وذكر بعض أصحاب الشافعي رضي الله عنه أن القول للمشتري (إلا إذا بعدت المدة) استثناء من قوله فالقول قول البائع (على ما قالوا) أي المتأخرون ، فحينئذ يكون القول قول المشتري (لأن الظاهر شاهد للمشتري) لان الشيء قد يتغير بطول الزمان ، ومن شهد له الظاهر فالقول قوله وإليه مال شمس الأئمة السرخسي « رح » .

وفي المبسوط فإن بعدت المدة بأن رأى جارية شابة ثم اشتراها بعد عشرين سنة وزعم البائع أنها لم تتغير فالقول للمشتري وبه كان يفتي الصدر الشهيد « رح » والإمام ظهير الدين المرغيناني « رح » وبه قال الشافعي رضي الله عنه (بخلاف ما إذا اختلفا في الرؤية) متصل بقوله ، فالقول للبائع يعني إذا اختلف البائع والمشتري في رؤية المشتري فالقول قول المشتري (لأنها) أي لان الرؤية (أمر حادث والمشتري ينكره فيكون القول قوله) مع يمينه .

(قال) محمد « رح » في الجامع الصغير (ومن اشترى عدل زطى ولم يره) العدل بكسر المثلى ، ومنه عدل المتاع ، والزط خيل من الهند ينسب إليهم الثياب الزطيه ، وقيل خيل من الناس بسواد العراق ، وقوله ومن اشترى عدل زطى ولم يره ، وفي الكافي وقبضه وهو مراد المصنف « رح » أيضاً ، وقيده بالقبض لانه لو لم يكن مقبوضاً

باب خيار العيب

وإذا اطلع المشتري على عيب في المبيع فهو بالخيار إن شـــاء أخذه بجميع الثمن وإن شاء رده لان مطلق العقد يقتضي وصف السلامة، فعند فواته يتخير كيلا يتضرر بلزوم ما لا يرضى به ، وليس له أن يمسكه ويأخذ النقصان ،

(باب خيار العيب)

أي هذا باب في بيان أحكام خيار العيب وإضافة الخيار إلى العيب من قبيل إضافـة الشيء إلى سببه ، قال الجوهرى « رح » العيب والعيبة والعاب في معنى واحد نقول عاب المباع أى صار ذا عيب وعبته أنا يتعدى ولا يتعدى فهو معيب ومعيوب أيضاً على الاصل ويقول مـــا به معابة ومعاب اى عيب ، وفي المبسوط العيب ما تخلوا عنـــه أصل الفطرة السليمة .

(وإذا اطلع المشترى على عيب في المبيع فهو بالخيار إن شاء اخذه بجميع الثمن وإن شاء رده ، لان مطلق العقد يقتضي وصف السلامة) أى سلامة المعقود عليه (فعنـــد فواته) **أي فوات وصف السلامة (يتخير) أي المشترى (كيلا يتضرر بلزوم مـــا لا يرضى به) والضرر مدفوع شرعاً .**

(وليس له) اى للمشترى (ان يمسكه) أى المبيع الذى اطلع فيـــه على عيب (ويأخذ النقصان) أى نقصان العيب ، وبه قال الشافعي رضي الله عنه ، وقـــال أحمد رحمه الله له أحد الامرين لانه حقه ، ونقصان العيب إما الثمن او الإرث ، وليس لـــه ذلك لان العائب وصف ، لان العيب إما ان يكون بمـــا يوجب فوات جزء من المبيع او تغيره من حيث الظاهر كالعمى والعور والشلل والزمانة والسن الساقطة ، وإما ان يكون

لان الاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن في مجرد العقد ولأنه لم يرض بزواله عن ملكه بأقل من المسمى فيتضرر به ، ودفع الضرر عن المشتري ممكن بالرد بدون تضرره ،

بما يوجب النقصان معنى لا صورة كالسعال القديم وارتفاع الحيض في زمانه ، والزنا والدفر [1] والبخر في الجارية ، وفي ذلك كله فوات وصف فلا يصح ان يأخذ النقصان .

(لأن الأوصاف لا يقابلها شيء من الثمن) لأن الثمن إما أن يقابل بالوصف ،والأصل أو بالأول دون الثاني أو بالعكس لا سبيل إلى الأول ، والثاني كيلا يؤدي إلى مزاحمته لتبع الأصل فتعين الثالث وإنما قال (في مجرد العقد) احتراز عما إذا كانت الأوصاف مقصودة بالتناول كما إذا ضربت الدابة فاعورت أو صارت معيباً أو قطع البائع يد المبيع قبل القبض فإنه يسقط نصف الثمن لأنه صار مقصوداً بالتناول أو حكماً بأن يمتنع الرد بحق البائع بالعيب أو بحق الشرع بالجناية فإن لها قسطاً من الثمن حينئذ .

وعن هذا قلنا إن من اشترى شاة أو بقرة فحلبها وشرب لبنها ثم علم بعيبها لا يردها بالعيب ولكن يرجع بنقصان العيب عندنا ، وقال الشافعي رضي الله عنه يردها بالعيب بجميع الثمن ، ولكن ذكر في كتبهم أن الشافعي رضي الله عنه في القديم يثبت له الرد ، وقال في الجديد لا يثبت له الرد .

(ولأنه) دليل آخر على عدم جواز إمساكه بأخذ النقصان أي ولأن البائع (لم يرض بزواله عن ملكه بأقل من المسمى) في العقد (فيتضرر به) بزوال ملكه بأقل من المسمى (ودفع الضرر) جواب عما يقال إن المشترى أيضاً يتضرر حيث يأخذ المبيع ، فأجاب بقوله ودفع الضرر (عن المشتري ممكن بالرد) أي برد المبيع (بدون تضرره) أي تضرر البائع ، فإن قيل البائع إذا باع معيباً فإذا هو سليم ،البائع يتضرر لما أن الظاهر أنه نقص الثمن على ظن أنه معيب ، ولا خيار له ، وعلى هذا فالواجب إما شمول الخيار لهما أو عدمه لهما أجيب بأن المبيع كان في يد البائع وتصرفه وممارسته طول زمانه ، فـانزل

---

(١) هكذا وردت في الاصل .

والمراد به عيب كان عند البائع ، ولم يره المشتري عند البيع ولا عند القبض ، لان ذلك رضاء به

عالما بصفة ملكه ، فلا يكون له الخيار وإن ظهر بخلافه .

وأما المشتري فإنه ما رأى المبيع فلو ألزمنا العقد مع العيب تضرر من غير علم حصل له فيثبت له الخيار (والمراد به عيب كان عند البائع) هذا كلام المصنف « رح » يوضح به قول القدوري « رح » ، وإذا اطلع المشتري على عيب إلى آخر هـذا من كلام القدوري « رح » فقال المصنف « رح » والمراد به أي بالعيب الذي ذكره القدوري « رح » عيب كان عند البائع .

(ولم يره المشتري عند البيع ولا عند القبض لأن ذلك) أي رؤية العيب عند إحدى الحالتين (رضاء به) أي بالعيب دلالة ، والأصل في هذا الباب ما قاله البخاري « رح » ويذكر عن العداء بن خالد « رض » قال كتب لي النبي ﷺ هذا مـا اشترى محمد رسول الله ﷺ من العداء بن خالد « رض » بيع المسلم المسلم لأداء ولا خبثة ولا غائلة .

ثم قال في الصحيح قال قتادة « رض » الغائلة الزنا والسرقة والإبـاق والمشتري هو رسول الله ﷺ كما ترى روى ابن شاهين في معجمه عن أبيـه قال حدثنا عبد العزيز بن معاوية القرشي قال حدثنا عباد بن ليث قال حدثنا عبد الحميد بن وهب أبو وهب قال قال لي العداء بن خالد بن هوذة « رض » ألا أقرئك كتابا كتبه لي رسول الله ﷺ هذا مـا اشترى العداء بن خالد بن هوذة « رض » من محمد رسول الله ﷺ عبداً أو أمة لاداء ولا غائلة ولا خبثـة بيع المسلم المسلم والمشتري هو العداء كما ترى وأثبت في الفـائق كما في المعجم .

وفي المغرب الصحيح أن المشتري كان العداء والبائع هو رسول الله ﷺ ، وقـال تاج الشريعة « رح » المشتري رسول الله ﷺ على ما ذكره في شرط الخصاف وشروط الطحاوي « رح » وتابعهما في ذلك الحاكم السمرقندي « رح » قلت رواية ابن شاهين « رح » تدل على أن المشتري هو العداء .

وكذلك رواه الترمذي « رح » بلفظ هذا ما اشترى العداء بن خالد بن هوذة «رض»

من محمد رسول الله ﷺ اشترى منه الحديث .

وكذلك رواه النسائي وابن ماجة « رح » وكلهم اتفقوا على أن البائع هو النبي ﷺ ، والمشتري العداء رضي الله عنه ووقع عند البخاري بالعكس فقيل إن الذي وقع عنده مقلوب وقيل هو صواب وهو من الرواية بالمبنى لأن اشترى باع بمعنى واحد ، ولزم من ذلك تقديم اسم رسول الله ﷺ على اسم العداء وشرحه ابن العراقي على ما وقع في الترمذي « رح » فقال فيه البداءة باسم المفضول في الشروط إذا كان هو المشترى ، والعدا بفتح العين وتشديد الدال المهملتين ممدود وكان إسلامه بعد الفتح وبعد حنين ، وبقي إلى زمن يزيد بن المهلب وكان يسكن البادية وقد استقصينا الكلام فيه في شرحنا للبخاري ، وقال الخطابي الداء ما يكون بالرقيق من الأدواء التي يرد بها كالجنون والجذام والبرص ونحوها من الآفات والخبثة ما كان خبيث الأصل مثل أن يسبى من له عهد ، ومعنى الغائلة ما يغتال حقك من حيلة وما يدلس عليك في المبيع من عيب ، وقال الزمخشري « رح » في الفائق الغائلة الخصلة التي تغول المال أي تهلكه من إباق أو غيره ... انتهى .

وتفسير الداء فيما رواه الحسن عن أبي حنيفة « رح » المرض في الجوف والكبد والرئة فان المرض ما يكون في سائر البدن والداء ما يكون في الجوف من الكبد والرئة ، وروي عن أبي يوسف « رح » أنه قال الداء المرض والغائلة ما يكون من قبل الأفعال كالاباق والسرقة ، والخبثة هو الإستحقاق وقيل هي الجنون كذا في المبسوط ، والخبثة بكسر الخاء المعجمة وسكون الباء الموحدة وفتح الثاء المثلثة ، وقال ابن التين « رح » أحد شراح البخاري ضبطناه في أكثر الكتب بضم الخاء وكذلك سمعناه ، وضبط في بعضها بالكسر ، وقال الخطابي خبثة على وزن خبزة قيل أراد بها الحرام كما عبر عن الحلال بالطيب وقيل المراد الاخلاق الخبيثة كالإباق ، ثم وجه الإستدلال بهذا الحديث أن فيه تنصيصاً على ان البيع يقتضي سلامة المبيع من العيب .

(قال) أي القدوري « رح » أراد بهذا يدان معرفة العيوب لأنه قال أولاً إذا اطلع

قال وكلما أوجب نقصان الثمن في عادة التجار فهو عيب لأن التضرر بنقصان المالية وذلك بانتقاص القيمـــة والمرجع في معرفته عرف أهله والاباق والبول في الفراش والسرقة في الصغير عيب ما لم يبلغ ، فإذا بلغ فليس ذلك بعيب حتى يعاوده بعد البلوغ ،

المشتري على عيب إلى آخره يحتاج إلى معرفة العيوب فبين المعيب بهذا الكلى وهو قولـه (وكلما أوجب نقصان الثمن في عادة التجار فهو عيب) هذا ضابط كلي يعلم بها العيوب الموجبة للخيار على سبيل الإجمال (لأن التضرر بنقصان المالية وذلك بانتقاص القيمـة ، والمرجع في معرفته عرف أهله) وفي الذخيرة ففي كل شيء يرجع إلى أهل الصفـــة فما يعدونه عيباً فهو عيب ، وإن لم يوجب نقصاناً في العين ولا في منافعها .

(قال) أي القدورى « رح » (والاباق والبول في الفراش والسرقة في الصغير عيب ما لم يبلغ) هذه الأشياء الثلاثة عيب في الصغير الذي لم يبلغ فـإن أبق الصغير الذى يعقل من مولاه ما دون السفر من المصر إلى القرية أو بالعكس فهو عيب لأنه يفوت المنافع على المولى ، وإذا بال في الفراش وهو مميز يأكل وحده ويشرب وحده فكذلك عيب ، وإن سرق درهماً من مولاه أو من غيره فكذلك لا خلال بالمقصود لأنه لا يأمنه على ماله ويشق عليه حفظ ماله على الدوام ، ولا فرق بين سرقتـــه من مولاه وغيره إلا في المأكولات للاكل فإن سرقها من مولاه فليس بعيب ، فإذا وجدت هذه الأشياء من الصغير عنـــد البائع والمشترى في صغره فهو عيب يرد به .

(فإذا بلغ فليس ذلك بعيب حتى يعاوده بعد البلوغ) أى حتى يعاوده عند البـائع بعد البلوغ ثم عاوده عند المشترى حاصله إذا وجد من الصغير أحد هذه الأشياء في صغره ثم بيع فبلغ في يد المشترى ثم وجد أحد هذه الأشياء في يده لا يعتبر بذلك عيباً لاختلاف الحالة إلا إذا عاوده بعد البلوغ في يد البائع ثم باعه فوجد ذلك في يد المشتري يكون ذلك عيباً لاتحاد الحالة .

وقد نص في الكافي والمحيط وشرح الطحاوي على اشتراط المعاودة عند البـائع ، وفي

ومعناه إذا ظهرت عند البائـــع في صغره ثم حدثت عند المشتري في صغره فله أن يرده لأنه عين ذلك وإن حدثت بعد بلوغه لم يرده لأنه غيره ، وهذا لأن سبب هذه الأشياء يختلف بالصغر والكبر ، فالبول في الفراش في الصغر لضعف المثانة وبعـــد الكبر لداء في الباطن والآبق في الصغر لحب اللعب والسرقة لقلة المبالاة ، وهما بعد الكبر لخبث في الباطن ،

الكفاية وشرح قاضي خان المعاودة في يد البائع ليس بشرط للرد فإن هذه الأفعال في عادة الصبيان ، فإن امتنع عنها بالبلوغ لم يكن ما سبق عيباً ، ولا يرد به ، فإن عـاوده تبين أنه كان يفعله طبعاً لإعادة ، وذلك عيب فيرد به .

وقد أوضح المصنف « رح » كلام القدوري « رح » المذكور بقوله (ومعنـاه) أي ومعنى ما قاله القدوري « رح » من قوله فإذا بلغ إلى آخره (إذا ظهرت) أي الأشيـاء المذكورة (عند البائع في صغره ثم حدثت عند المشتري في صغره فله أن يرده لأنه) اي لأن الذي حدث من هـــذه الأشياء (عين ذلك) أي عين ذلك الذي حـــدث عند البائع .

(وإن حدثت بعد بلوغه) يعني عند المشتري (لم يرده لأنــه غيره) أي غير الذي حدث عند البائع (وهذا) إشارة إلى إيضاح بيـان الفرق بين الحالتين المذكورتين (لأن سبب هذه الأشياء) أي الإباق والبول في الفراش والسرقة (يختلف بالصغر والكبر ، فالبول في الفراش في الصغر لضعف المثانة ، وبعد الكبر لداء في الباطن والاباق في الصغر لحب اللعب والسرقة في الصغر لقلة المبالاة وهما) أي الاباق والسرقة (بعد الكبر لخبث في الباطن) وفي المبسوط الاباق في الصغر سببه سوء الأدب ، وحب اللعب ، وبعد البلوغ سببه التمرد وقلة المبالاة بالمولى والسرقة قبل البلوغ لقلة التأمل في عواقب الأمور وبعد البلوغ سببها التمرد .

ولهذا يجب على البالغ ما لا يجب على الصبي ، وفي الإيضاح السرقة والبول في الفراش

والمراد من الصغير من يعقل، فأما الذي لا يعقل فهو ضال لا آبق فلا يتحقق عيباً . قال والجنون في الصغر عيب أبداً ومعناه إذا جن في الصغر في يد البائع ثم عاوده في يد المشتري فيه أو في الكبر يرده لأنه عين الأول

قبل أن يأكل وحده ويشرب وحده ليس بعيب لأنه لا يعقل ما يفعل وبعد ذلك عيب ما دام صغيراً ، وكذا الاباق .

وفي الذخيرة إن كانت السرقة أقل من عشرة دراهم عيب لأن الإنسان لا يأمن السارق على مال نفسه . وفي ذلك العشرة وما دونها سواء ، وقيل ما دون الدراهم وهو فلس أو فلسان ليس بعيب وإباق ما دون السفر عيب عند المشايخ « رح » ، كإباق مدة السفر ، لكن تكلموا هل يشترط الخروج من المدينة ، فقيل شرط حتى لو أبق من محلة إلى محلة لا يكون عيباً ومن القرية إلى المصر إباق ... وكذا على العكس ، والبول في الفراش إنما يكون عيباً إذا كان صغيراً ابن خمس سنين .

وقال الشافعي رضي الله عنه الأظهر في البول اعتبار الإعتبار إذا كان في غير أوانه ، وأما في الصغير فلا وقدره في التهذيب بما دون سبع سنين كذا في شرح الوجيز ، وهو ظاهر قول مالك « رح » وأحمد « رح » وعندنا الكل عيب عند اتحاد الحالتين في المعاودة سواء كان ذلك قبل البلوغ أو بعده .

(والمراد من الصغير من يعقل) أي المراد من قول القدوري « رح » في الصغير عيب الصغير الذي يعقل ، وقال في التحفة الصغير الذي لا يعقل وحده ليس فيه عيب من الأشياء المذكورة ، ويفهم منه الذي يعقل هو الذى يأكل وحده .

(وأما الذى) أى وأما الصغير الذى (لا يعقل فهو ضال لا آبق فلا يتحقق عيباً) يعني لا يترتب عليه حكم الآبق لأنه ضال أي تائه (قال) أى محمد « رح » في الجامع الصغير (والجنون في الصغر عيب أبداً) كذا قاله محمد « رح » وقال المصنف رحمه الله (ومعناه) أى معنى ما قاله محمد « رح » (إذا جن في الصغر في يد البائع ثم عاوده في يد المشترى فيه) أى في الصغر (أو في الكبر) أي أو عاوده في الكبر (يرده لأنه عين الاول) الذى وجد عند البائع .

إذ السبب في الحالين متحـــد وهو فســاد العقل[1] وليس معنـاه أنه لا يشترط المعاودة في يد المشتري ، لأن الله تعالى قادر على إزالته ، وإن كان قل ما يزول فلا بد من المعاودة للرد .

(إذ السبب في الحالين متحد) أى في الحال الذى كان عند المشترى وليس مراد محمد « رح » أن عين الجنون لا تزول بل أراد سببه وهو الفساد المتمكن فيكون عيبـــاً أبداً ، ففي أى وقت ظهر فهو بذلك السبب فلم يكن عيباً حادثاً ، وفي المحيط تكلموا في مقدار الجنون قيل ساعة عيب ، وقيل أكثر من يوم وليلـــة ، وقيل المطبق دون غيره .

وقال الأسبيجابي في ظاهر الجواب انه لا يشترط المعاودة في يدى المشترى وقيل تشترط بلا خلاف بين المشايخ في عامــة الروايات (وهو فساد البـــاطن) في فحل العقل بل معدن العقل ، قيل القلب وشعاعه إلى الدماغ والجنون انقطاع ذلك الشعاع من الدماغ ، والذى قاله المحققون « رح » العقل جوهر مضى خلقه الله تعالى هذه في الدماغ وجعل نوره في القلب يدرك به الغائبات بالوسائط والمحسوسات بالمشاهدة .

(وليس معناه أنه لا يشترط المعاودة في يد المشترى لان الله عز وجل قـــادر على إزالته) ولم يكن من ضرورة وجوده يوماً بعاريته أبداً (وإن كان قل ما يزول ، فلا بد من المعاودة للرد) أى لاجل الرد ، وقد ذكر آنفاً ما قاله المشايخ من الإختلاف فيــه ، ومال المصنف « رح » إلى قول من يشترط المعاودة كما صرح به .

فإن قلت قال فخر الإسلام « رح » قول محمد « رح » في الاصل الجنون عيب إذاجن مرة واحدة فهو عيب لازم أبداً يدل أيضاً على انه لم يشترط فيه المعاودة في يد المشترى فكيف يقول المصنف « رح » وليس معناه إلى آخره .

قلت لا يلزم من عدم ذكره اشتراط المعاودة في هذا الموضع أنه لا يشترطها أصلا ، فإنه قال وإن طعن المشترى بإباق أو جنون ولا يعلم القاضي ذلك فإنه يستحلف البائع

---

(١) الباطن – هامش .

قال والبخر والدفر عيب في الجارية ، لأن المقصود قد يكون الاستفراش وهما يخلان به ، وليس بعيب في الغلام لأن المقصود هو الاستخدام ولا يخلان به إلا أن يكون من داء ، لأن الداء عيب والزنا وولد الزنا عيب في الجارية دون الغلام لأنه

حتى يشهد شاهدان انه قد أبق عند المشترى أو جن عنده وقد اشترط المعاودة في الجنون كما ترى في اشتراط في الإباق .

(قال) أي القدورى « رح » في مختصره (والبخر) بفتحتين رائحة متغيرة من الفم وكل رائحة ساطعة فهي بخر مأخوذ من بخارى القدر أو بخارى الدخان وهذا البخور الذى يبخر به من ذلك كذا في الجمهرة (والدفر) بالدال المهملة وفتح الفاء نتن ريح الإبط ، وفي الجمهرة الدفر النتن ، يقال رجل ادفر وامرأة دفرا ، ويقال للمرأة يا دافر معدول ، وقد سمعت دفر الشيء ودفره بسكون الفاء وفتحها ، وأما الذفر بالذال المعجمة فهو حدة من طيب أو نتن وربما خص به الطيب فقيل مسك أدفر ، وقال الكاكي « رح » السماع ها هنا بالدال غير المعجمة ، وفي شرح الوجيز المراد من البخر الذى عيب هو الناشيء عن تغير المدة دون ما يكون بفلج في الاسنان ، فان ذلك يزول بتنظيف (عيب في الجارية لان المقصود قد يكون للاستفراش ، وهما) أي البخر والدفر (يخلان به) أي بالاستفراش .

(وليس بعيب في الغلام) أي وليس كل واحد من الدفر والبخر بعيب في الغلام (لان المقصود هو الإستخدام ، ولا يخلان به) أي لا يخل البخر والدفر بالاستخدام ، وفي الغاية وقيل إذا كان العبد أمرد يكون البخر فيه عيباً ، والاصح أن الامرد وغيره سواء ، كذا في خلاصة الفتاوى .

(إلا أن يكون) كل واحد من البخر والدفر (من داء ، لان الداء عيب) في نفسه ، وعند الشافعي رحمه الله البخر والدفر عيبان في الغلام أيضاً .

(قال) أي القدورى « رح » (والزنا وولد الزنا عيب في الجارية دون الغلام ، لانه

يخل بالمقصود في الجارية وهو الاستفراش وطلب الولد ، ولا يخل بالمقصود في الغلام وهو الاستخدام إلا أن يكون الزنا عادة له على ما قالوا ، لأن اتباعهن يخل بالخدمة . قال والكفر عيب فيهما

يخل بالمقصود في الجارية وهو الاستفرلش وطلب الولد) يعني كون الجارية ، وكذا يخل بمقصود المولى وهو الإستيلاء فإن ولده يعير بأمه إذا كانت والد الزنا (ولا يخل بالمقصود في الغلام وهو الإستخدام).

(إلا أن يكون الزنا عادة له) أي للغلام بأن زنى أكثر من مرتين (على ما قالوا) أي المشايخ (لان اتباعهن) من إضافة المصدر إلى المفعول أي لان اتباع الغلام البنات (يخل بالخدمة) أي بخدمة مولاه وفيه إضمار قبل الذكر ، ولكن القرينة وهي ذكر الزنى أدل على النساء لان الزنا لا يكون إلا بهن .

فإن قلت إذا وجده سارقا فله الرد لعدم أمانته على ماله ، ففي الزنا لم يكون عيباً لعدم أمانته على الجوارى والخدم .

قلت إذا كن مستورات يمكنهن حفظ أنفسهن ، وإذا شغله المولى بالعمل وبمالا يتفرع لذلك الامر ، وقال الكرخي « رح » الزنا ليس بعيب في الغلام في معنى المال وإن كان عيباً في معنى الدين ، وقال الفقيه أبو الليث رحمه الله في شرح الجامع الصغير لو اشترى عبداً فوجده زانياً لا يكون عيباً لان فيه زيادة قوة وزيادة القوة لا تكون عيباً ، ألا ترى أنه لو اشترى عبداً فوجده عنيناً فله أن يرده .

وذكر الحسن بن زياد عن أبي حنيفة رضي الله عنه أنه قال إذا اشترى عبداً على أنه خصي فإذا هو فحل لزمه ذلك ، أما إذا اشتراه على أنه فحل فاذا هو خصي لم يلزمه ، وفي العيون قال هشام « رح » سمعت أبا يوسف « رح » يقول لو أن رجلا اشترى عبداً قد احتلم أو جارية حاضت ولم يختتن العبد ولم تخفض الجارية قال ان كان مولداً فهو عيب وإن كان جلبا فليس بعيب .

(قال) أي محمد « رح » في الجامع الصغير (والكفر عيب فيهما) أي في الغلام

لأن طبع المسلم ينفر عن صحبته ، ولأنه يمتنع صرفه في بعض الكفارات فتختل الرغبة فلو اشتراه على أنـــه كافر فوجده مسلماً لا يرده لأنـــه زوال العيب ، وعند الشافعي « رح » يرده لأن الكافر يستعمل فيما لا يستعمل فيه المسلم وفوات الشرط بمنزلة العيب .

والجارية (لان طبع المسلم ينفر عن صحبته) أى عن صحبة الكافر لان المسلم قلما يرغب في صحبة الكافر وينفر عنه فكان الكفر سبباً لنقصان الثمن لفتور الرغبة وسواء كان الكافر نصرانياً أو يهوديا أو مجوسياً (ولانه) دليل آخر أى ولان الكافر (يمتنع صرفه في بعض الكفارات) مثل كفارة اليمين والظهار عند بعض الناس وفي كفارة القتل يمنع بالإجماع فاذا كان كذلك (فتختل الرغبة) وهي سبب لنقصان الثمن .

وقال الشافعي رضي الله عنه لو أطلق العقد فبان انه كافر لا خيار له لان ظاهر الحال لا يدل على الكفر والاسلام كما لو ظن العدل فبان الفسق ، وقال أصحابه هـذا اذا كان كفراً يقر علية ، فاذا كانت الجارية مرتدة فله الخيار .

وفي شرح الوجيز لو وجد الجارية كتابية أو وجد العبد كافراً أى كفر كان فلا رد ان كان قريباً من بلاد الكفر بحيث لا تقل فيه الرغبات ، وان كان في بلاد الإسلام حيث فعل الرغبات وتنقص قيمته فله الرد .

(فلو اشتراه على أنه كافر فوجده مسلماً لا يرده لانـــه) أى لان الاسلام (زوال العيب ، وعند الشافعي يرده لان الكافر يستعمل فيما لا يستعمل فيه المسلم ،وفوات الشرط بمنزلة العيب) وفي نسخة شيخنا لأنه زوال العيب فصار كما لو اشتراه معيباً فإذا هو سليم فلا يرده وبه قال المزني « رح » وقال الشافعي رضي الله عنـــه وأحمد « رح » يثبت له الخيار لأنه وجده بخلاف شرطه وله في هذا الشرط غرض فربما قصد أن يستخدمـــه في المحقرات من الأمور ، ولأن الأولى بالمسلم أن يتبعه الكافر ، وكان السلف يستعبدون العلوج والجواب أن هذا أمر راجع إلى الديانة ولا عبرة به في المعاملات .

قال فلو كانت الجارية بالغة لا تحيض أو هي مستحاضة فهو عيب
لأن ارتفاع الدم واستمراره علامة الداء ،

(قال فلو كانت الجارية بالغة لا تحيض أو هي مستحاضة فهو عيب) قيد بقوله بالغة لأن عدم الحيض في الصغيرة ليس بعيب بالإجماع ، ولو كانت كبيرة قد بلغت سن الإياس فهو غير عيب بإجماع الفقهاء « رح » أيضاً .

(لأن ارتفاع الدم واستمراره علامة الداء) قال شيخ الإسلام « رح » الحيض مركب في بنات آدم فإذا لم تحض في أوانه فالظاهر انه إنما لا تحيض لداء فيها والداء عيب ،ولو ادعى المشتري الإنقطاع في يده لا تسمع منه الخصومة ما لم يدع ارتفاع الحيض بسبب الداء والحبل ، فإن ادعى لسبب الحبل تراها النساء ، فإن قلن هي حبلى يحلف البائع أن ذلك لم يكن عنده ، وإن قلن ليست بحبلى لا يمين على البائع ، وإن ادعى المشتري ارتفاع الحيض بسبب الداء نريها لاثنين من الأطباء المسلمين فإن ثبت العيب يحلف البائع كما تقدم ، وإن لم يثبت لا يحلف .

والمرجع في معرفة الحبل قول النساء في معرفة الداء قول الأطبـــاء ، وفي فتاوى الفضلى العيب الذي لا يثبت إلا بقول الاطباء ما لم يتفق عدلان منهم لا يثبت العيب في حق سماع الخصومة .

وقال الشيخ أبو المعين النسفي « رح » في شرح الجامع الكبير وإن كان العيب خفياً لا يطلع عليه إلا الاطباء يثبت بقول واحد عدل منهم لقوله تعالى ﴿ فاسألوا أهل الذكر ﴾ ٤٣ النحل ، وهم أهل الذكر في هذا الباب ، وكذا إذا كان لا يطلع عليه إلا النساء يثبت بقول واحدة منهن موصوفة بالعدالة والثنتان أحوط ، وقال صاحب التحفة إذا كان العيب باطنا لا يعرفه إلا الخواص من الناس كالأطباء والنحاسين فإنه يعرف ذلك ممن له بصارة في ذلك الباب ، فـإن اجتمع على ذلك العيب رجلان مسلمان أو قال ذلك رجل مسلم عدل فانه يقبل قوله ويثبت العيب في حق إثبات الخصومة ، ثم بعد هذا بقول القاضي للبائع هل حدث عندك هذا العيب ، فان قال نعم قضى عليه بالرد ، وإن لم يكن عليـه بينة استحلف البائع فان حلف لم يرد عليه ، وإن نكل قضى عليه بالرد إلا أن يـدعي

ويعتبر في الارتفاع أقصى غاية البلوغ وهو سبع عشرة سنة فيها عند أبي حنيفة « رح » ويعرف ذلك بقول الأمـة

الرضاء أو الابراء ، وان كان العيب مما لا يطلع عليه الرجال ويطلع عليه النساء فانـــه يرجع الى قول النساء فترى امرأة مسلمة عدل والثنتان أحوط ، فاذا شهدت على العيب ففي هذه المسألة عن أبي يوسف « رح » روايتان ، وكذا عن محمد « رح » روايتان في رواية فرق أبو يوسف بينهما اذا كان المبيع في يد البائع أو في يد المشتري .

فقال ان كان في يد البائع رد المبيع بشهادتها فيثبت العيب لقولنا ، والعيب الموجود عند البائع يفسخ به البيـع ، وان كان بعد القبض أقبل قولها في اثبات الخصومـة ، ولا أقبل في حق الرد على البائع ، لان المبيـع دخل في ضمان المشتري فلا انقل الضمان الى البائع بقول النساء ، ولكن اثبت حق الخصومة ليثبت الاستحلاف ، وفى رواية قال ان كان العيب مما لا يحدثه مثله يفسخ بقولها لان العيب قد يثبت بشهادتهن ، وقد علمنا كون العيب عند البائع يتعين فيثبت حق الفسخ ، وان كان عيباً يحدث مثله لم يثبت حق الفسخ بقولهن ، وأما عن محمد « رح » فى رواية قال لا يفسخ بقولهن وفى روايـة يفسخ قبل القبض وبعده بقولهن ، لان قولها فيما لا يطلع عليه الرجال كالبينة .

(ويعتبر فى الارتفاع) أي ارتفاع الحيض (أقصى غاية البلوغ وهو سبع عشرة سنة فيها) أي فى الجارية (عند أبي حنيفة رضى الله عنه) وعندهما خمس عشرة سنـــة (ويعرف ذلك) اي ارتفاع الحيض (بقول الامة) قال الإمام العتابي « رح » وانمايعرف ذلك عند المنازعة بقول الأمة لأنه لا يقف على ذلك غيرها ويحلف المولى مع ذلك لأنـه ما سلمها بحكم المبيـع وما بها هذا العيب ، وإن نكل يرد من كونه ، هذا إذا كان بعـــد القبض ، وإن كان قبل القبض يحلفه بالله ما بها هذا العيب الذي يدعيه المشتري في الحال وهذا على قياس قول أبي حنيفة وأبي يوسف « رح » في مسألة البكارة إذا اشترى جاريةعلى أنها بكر فقال المشتري ليست ببكر وقال البائع هي بكر في الحال ، فإن القاضي يري النساء فإن قلن هي بكر لزم المشتري من غير يمين البائع لأن شهادتهن تأيدت بمؤيد وهو أن الأصل هو البكارة ، وإن قلن هي يثبت لم يثبت حق الفسق للمشتري بشهادتهن لأن

فترد إذا انضم إليه نكول البائع قبل القبض وبعده هو صحيح . قال وإذا حدث عند المشتري عيب واطلع على عيب كان عندالبائع فله ان يرجع بالنقصان ولا يرد المبيع لأن في الرد أضراراً بالبائع

شهادتهن ضعيفة وحق الفسخ حق قولي وبشهادتهن يثبت للمشتري حق الخصومة في توجيه النهي على البائع فيحلف البائع بالله لقد سلمها بحكم المبيع وهي بكر إن كان بعد القبض ، وإن كان قبل القبض يحلف بالله أنها بكر . روي عن محمد « رح » أنها ترد على البائع بشهادتهن من غير يمين البائع .

(فترد) أي الأمة (إذا انضم إليه) أي إلى قولها (نكول البائع) أي امتناع البائع عن اليمين مع قولها بأنها لا تحيض أو هي مستحاضة (قبل القبض وبعده هو الصحيح) قيد بقوله الصحيح احتراز عن قول أبي يوسف « رح » فإن عنده يرد بقول الأمة قبل القبض وبشهادة القائلة ، وعما روى عن محمد « رح » أنه قال إن كانت الخصومة قبل القبض يفسخ العقد بقول النساء اعلم أن المشتري إذا ادعى انقطاع الحيض فالقاضي يسأله عن مدة الإنقطاع فإن ادعاه في مدة قصيرة لا تسمع دعواه وإن ادعاه في مدة مديدة يسمع دعواه ، والمديدة مقدرة بثلاثة أشهر عند أبي يوسف « رح » ، وعند محمد « رح » بأربعة أشهر وعند أبي حنيفة وزفر بسنتين ، فإذا عرفت المدة فما دونها قصيرة ثم بعد ذلك إن كان القاضي مجتهداً يقضي بما أدى إليه اجتهاده ، وإن لم يكن مجتهداً يأخذ بما اتفق عليه أصحابنا وهو سنتان ، وفي الفوائد الظهيرية لو شهد للمشتري شهود لا يقبل شهادتهم على الانقطاع بخلاف الإستحاضة حيث يقبل عليها لأنها مما يمكن الاطلاع عليها وانقطاع الدم على وجه يعد عيباً لا يمكن الاطلاع عليه ، ولو أنكر البائع الإنقطاع في الحال هل يستحلف عند أبي حنيفة « رح » أم لا وعندهما يستحلف .

(قال) أي القدوري « رح » (وإذا حدث عند المشتري عيب) سواء كان بآفة سماوية أو غيرها (واطلع على عيب كان عند البائع فله أن يرجع بالنقصان) أي بنقصان العيب بأن يقوم المبيع سليماً عن العيب القديم ومعيباته ، فما كان بينهما من عشر أو ثمن أو سدس أو غير ذلك يرجع به على البائع (ولا يرد المبيع لأن في الرد اضراراً بالبائع

لأنه خرج عن ملكه سالماً ويعود معيباً فامتنع ولا بد من دفع الضرر عنه فتعين الرجوع بالنقصان إلا أن يرضى البائع أن يأخذه بعيبه لأنه رضي بالضرر . قال ومن اشترى ثوباً فقطعه فوجد به عيباً رجع بالعيب لأنه امتنع الرد بالقطع فإنه عيب حادث ،

لأنه خرج عن ملكه سالماً ويعود معيباً فامتنع) أي الرد (ولا بد من دفع الضرر عنه) أي عن المشتري (فتعين الرجوع بالنقصان) لأن المشتري لم يرض بالمعقود عليه إلا سليما ، فلو لم يكن له حق الرجوع لتضرر حقه بإيجاب نقصان المعيب ، وبقولنا قال الشافعي وأحمد رضي الله عنهما في رواية ، وقال مالك وأحمد « رح » في رواية وابن أبي ليلى رد البيع ورد معه نقصان العيب الحادث ، فإن قيل أين قولكم الأوصاف لا يقابلها شيء من الثمن أجيب بأنها إذا صارت مقصودة بالتناول حقيقة أو حكما كان لها حصة من الثمن وها هنا كذلك (إلا أن يرضى البائع أن يأخذه بعيبه لأنه رضى بالضرر)والرضاءاسقاط لحقه بخلاف ما إذا كان المبيع عصيراً فتخمر في يدي المشتري ثم اطلع على عيب في العصير قبله البائع حيث لا يكون للبائع أخذ الخمر ويرد الثمن وإن وجد منه الرضا بالإختلاط خذلان الإمتناع ثمة حق الشرع لما فيه من تمليك الخمر وتملكها فلا يرتفع بتراضي المتعاقدين كما لو تراضيا على الخمر ولكن يأخذ المشتري نقصان العصير ما يقوم الشراء بلا عيب ويقوم مع العيب وينظر إلى التفاوت ، فإن كان التفاوت مقدار عشر القيمة يرجع بعشر الثمن ، وإن كان أقل أو أكثر فيقدره .

(قال) أي محمد « رح » في الجامع الصغير (ومن اشترى ثوباً فقطعه فوجد به عيباً رجع بنقصان العيب) وبه قال الشافعي وأحمد « رح » في رواية خلافاً لمالك وأحمد«رح» في رواية وابن أبي ليلى « رح » فإن عندهم يرد المبيع ويرد معه نقصان العيب الحادث .

(لأنه) أي لأن الثياب (امتنع الرد بالقطع فإنه) أي فإن القطع (عيب حادث) لا يقال البائع يتضرر برده معيباً والمشتري لعدم رده فكان الواجب ترجيح جانب المشتري في دفع ضرر لأن البائع غره بند ليس العيب لانا نقول المعصية لا تمنع عصمة المال كالغاصب

فإن قال البائع أنا أقبله كذلك كان له ذلك لأن الامتناع لحقه وقد رضي به ، فإن باعه المشتري لم يرجع بشيء لأن الرد غير ممتنع برضاء البائع فيصير هو بالبيع حابساً للمبيع فلا يرجع بالنقصان ، فإن قطع الثوب وخاطه أو صبغه أحمر، أولت السويق بسمن ثم اطلع على عيب رجع بنقصانه لامتناع الرد بسبب الزيادة لأنـــه لا وجه إلى الفسخ في الأصـل بدونها

إذا صنع الثوب فكان في شرع الرجوع بالعيب نظر إليهما ، وفي إلزام الرد بالعيب الحادث إضرار للبائع لا لفعل باشره ، وفي عدم الرد ، وإن كان إضرار للمشترى ، لكن لعجزه لما باشره فاعتبر ما هو إلا نظر لهما .

(فإن قال البائع أنا أقبله كذلك كان له ذلك لأن الإمتناع) أي امتناع الرد كان (لحقه) أي لحق البائع (وقد رضي به) أي بالثوب العيب فكان اسقاطاً لحقه ، فـإن قيل الفرق بين هذه المسألة وبين ما إذا اشترى بعيراً فنحره ، فلما شق بطنه وجد أمعاءه فاسدة فإنه لا يرجع فيه بنقصان العيب عند أبي حنيفة رضي الله عنه ، أجيب بأن النحر إفساد للمالية لصيرورة البعير به عرضة للنتن والفساد ، ولهذا لا يقطع يد السارق بسرقته فيختل معنى قيام البيع .

(فإن باعه المشتري) يعني بعد القطع (لم يرجع بشيء) علم به أو لا **وبه قال الشافعي** رضي الله عنه في الأصح (لأن الرد غير ممتنع برضاه البائع) لأنه جاز أن يقول البائـع كنت أقبله كذلك فلم يكن الرد ممتنعاً برضاه البائع (فيصير هو) أي المشتري (بالبيع حابساً المبيع فلا يرجع بالنقصان) إذ ذاك لإمكان رد البيع وأخذ الثمن لولا البيع(فإن قطع الثوب) الذي اشتراه (وخاطه أو صبغه أحمر) قيـــد بالأحمر لتكون الزيادة في المبيع بالإتفاق ، لأن السواد ، نقصان عنـــد أبي حنيفة « رح » وعندهما زيادة كالحمرة (أولت السويق بسمن ثم اطلع على عيب رجع بنقصانه لامتناع الرد بسبب الزيادة لأنـــه لا وجه إلى الفسخ في الأصـــل) أي الثوب أو السويق (بدونها) أي بدون الزيادة

لأنهـــا لا تنفك عنه ولا وجه إليه معها لأن الزيادة ليست بمبيعة فامتنع أصلاً

(لانها لا تنفك عنه) أي لان الزيادة لا تنفك عن الاصل.

(ولا وجه إليه) أي إلى الفسخ (معها) أي مع الزيادة (لان الزيادة ليست بمبيعه فامتنع أصلا) أي فامتنع الرد بالكلية ، وفي الفوائد الظهيرية والمبسوط الاصل في جنس هذه المسائل أن في كل موضع يكون البيع قائماً على ملك المشتري فعليه الرد برضاء البائع فإذا أخرجه عن ملكه لا يرجع بالنقصان وفي كل موضع يكون المبيع قائماً ولا يمكنه الرد وإن رضي به البائع فاذا أخرجه عن ملكه يرجع بالنقصان لامتناع الرد بالزيادة .

فان قيل يشكل بالزيادة المتصلة المتولدة في البيع كالسمن والجمال فانهـا لا تمنع الرد بالعيب في ظاهر الرواية ، قلنـــا ثم فسخ العقد في الزيادة متمكن لان الزيادة بيع محض باعتبار التولد والتفرع منه والاتصال به .

وحاصله أن الزيادة نوعان متصلة ومنفصلة ، والمتصلة نوعان متولدة منه كما ذكرنا وهي لا تمنع الرد ، وبه قال الشافعي رضي الله عنه ومالك « رح » وأحمد «رح» ومنفصلة غير متولدة منه كالبيع والخياطة واللت والغرس والبناء وهي تمنع الرد بالإتفاق ، وعند الشافعي وأحمد رضي الله عنهما لا تمنع كالسمن والجمال .

والمنفصلة نوعان متولدة منه كاللبن والتمر والإرش والولد والعقر وهي تمنع الرد لتعذر الفسخ عليها لان العقد لم يرد عليها ولا وجه للفسخ عليهـــا لانقطاع التبعية بالانفصال ويكون هو بالخيار إن شاء ردهما جميعاً وإن شاء رضي بها بجميع الثمن قبل القبض وبعده، ورد المبيع خاصة بحصته من الثمن يقسم الثمن على قيمته يوم العقد وعلى قيمة الزيادة وقت القبض وغير متولدة منه كالكسب وهي لا تمنع الرد بل يفسخ العقد في الأصل دون الزيادة وتسليم الزيادة للمشتري مجاناً ، وبه قال الشافعي وأحمد رضي الله عنهما وكذا قـــالا في المتولدة المنفصلة لإمكان الفسخ على الأصل بدونها والزيادة للمشتري .

وقال مالك رضي الله تعالى عنه إن كانت الزيادة ولدا ردة مع الأصل ، وإن كانت ثمرة أمسكها ورد الأصل ، ولو هلكت الزيادة بآفة سماوية يثبت له الرد كأنها لم تكن ،

وليس للبائع أن يأخذه لان الإمتناع لحق الشرع لا لحقه ، فإن باعه المشتري بعد ما رأى العيب رجع بالنقصان لأن الرد ممتنع أصلاً قبله فلا يكون بالبيع حابساً للمبيع ، وعن هذا قلنا إن من اشترى ثوباً فقطعه لباسا لولده الصغير وخاطه ثم اطلع على عيب لا يرجع بالنقصان، ولو كان الولد كبيراً يرجع لان التمليك حصل في الأول قبل الخياطة ، وفي الثاني بعده بالتسليم إليه .

وبه قال الشافعي رضي الله عنه قبل الحكم بالإرش .

(وليس للبائع أن يأخذه) أي المبيع مع الزيادة (لأن الإمتناع لحق الشرع) أي امتناع الرد لحق الشرع بشبهة الربا (لا لحقه) أي لا لحق البائع (فإن باعه المشتري) أي الثوب المصبوغ أو المخيط (بعد ما رأى العيب رجع بالنقصان لأن الرد ممتنع أصلا قبله) أي قبل بيع المشتري للزيادة الحادثة فيه بفعل المشتري .

(فلا يكون) أي المشتري (بالبيع حابساً للمبيع) فيرجع بالنقصان (وعن هذا قلنا) أي عن الوجه الذي قلنا وفي بعض النسخ وعلى هذا قلنا ، وهو أن المشتري إذا كان حابساً للمبيع لا يرجع بنقصان العيب (إن من اشترى ثوباً فقطعه لباساً لولده الصغير وخاطه ثم اطلع على عيب لا يرجع بالنقصان ، ولو كان الولد كبيراً يرجع) بالنقصان (لأن التمليك حصل في الأول قبل الخياطة) لأنه بالقطع للصغير صار واهباً للثوب له مسلماً اليه ، وصار الأب قابضاً عنه ، وحق الرد الذي هو الحق الأصلي صار باطلا بالقطع فبطل البدل وهو الرجوع بالنقصان لأنه صار حابساً للمبيع .

(وفي الثاني) وهو صورة كون الولد كبيراً (بعده) أي بعد الخياطة (بالتسليم اليه) أي إلى ولده الكبير فيكون له الرجوع بالنقصان لأنه بمجرد القطع لا يكون مسلماً إليه لأن الأب لا يصير قابضا عن ولده الكبير فلما خاطه خاطه على ملك نفسه فامتنع الرد بالخياطة رد الشرع لا بالهبة والتسليم فصار وجوه الهبة والتسليم وعدمها سواء فيرجع بالنقصان لأنه لم يكن حابساً للمبيع . قال شيخي رحمه الله ذكر الخياطة

قال ومن اشترى عبداً فأعتقه أو مات عنده ثم اطلع على عيب رجع بنقصانه ، أما الموت فلأن الملك ينتهي به والامتناع حكمي لا بفعله ، وأما الإعتاق فالقياس فيـــه أن لا يرجع لان الامتناع بفعله فصار كالقتل وفي الاستحسان يرجع لان العتق إنهاء الملك لان الآدمي ما خلق في الاصل محلاً للملك وإنما يثبت الملك فيه مؤقتاً إلى الاعتاق فكان إنهاء فصار كالموت هذا

وعدم ذكرها في هذا الموضع سواء لأن حق الرد المتبع بوجود القطع قبل الخياطة .

(قال ومن اشترى عبداً فأعتقه أو مات عنده ثم اطلع على عيب رجع بنقصانه) هذه مسألة القدوري « رح » والجامع الصغير أيضاً (أما الموت فلأن الملك ينتهى به والامتناع حكمي) أي امتناع الرد يثبت حكما للموت (لا بفعله) أي لا بفعل المشتري كالبيع والقتل (وأما الاعتاق فالقياس أن فيه لا يرجع لأن الإمتناع بفعله) أي امتنـــاع الرد بفعل المشتري (فصار كالقتل) فإن المشتري إذا قتل العبد الذي اشتراه ثم اطلع فيه على عيب فإنه لا يرجع وبالقياس قال زفر « رح » وفي الكافي وهو قول الشافعي رضي الله عنه ، ولكن ذكر في كتبهم أنه يرجع وبه قال أحمد « رح » كما قلنا في الإستحسان فـإن قيل يشكل على هـــذا إذا صبغه احمر حيث يرجع بالنقصان ، ولا شك أن الصبغ بفعله أجيب نعم ذلك بفعله لكن امتناع الرد بسبب وجود الزيادة في المبيع بسبب ذلك الفعل فكان الإمتناع لحق الشرع ، وقال الأكمل « رح » ورد بأنه حينئذ يجب أن يقول الإمتناع حكمي لا بفعله الذي يوجب الزيادة ، والحق أن يقال في الجواب عدم الرد في الصنع بمـا حصل من فعله من وجود الزيادة لا بفعله .

(وفي الإستحسان يرجع لأن العتق إنهاء الملك) أي اتمامه (لأن الآدمي ما خلق في الأصل محلا للملك وإنما يثبت الملك منه مؤقتاً إلى الاعتاق) أي إلى وقت الإعتـــاق ، والمؤقت إلى وقت ينتهي بانتهائه (فكان) أي الاعتاق (انهاء فصار) أي انتهـــاؤه (كالموت) أي كانتهائه بالموت (وهذا) أي جواز الرجوع بنقصان العيب عند الإنتهاء

لان الشيء يتقرر بإنتهائه فيجعل كأن الملك باق والرد متعذر ، والتدبير والاستيلاد بمنزلته لان تعذر النقل مع بقاء المحل بالامر الحكمي .

وإن أعتقه على مال لم يرجع بشيء لانه حبس له وحبس البدل كحبس المبدل ، وعن أبي حنيفة رضي الله عنه أنه يرجع لانه انهاء للملك ، وإن كان بعوض .

(لأن الشيء يتقرر بانتهائه فيجعل كأن الملك باق والرد متعذر) فصار حابساً (والتدبير والاستيلاد بمنزلته) أي بمنزلة الاعتاق (لأنه [1]) أي لأن الشان (تعذر النقل) أي إلى ملك البائع (مع بقاء المحل) احتراز عن الموت والاعتاق (بالأمر الحكمي) يعني لا بفعل المشتري .

وقال الكاكي « رح » قوله بالامر الحكمي احتراز عن القتل ، فإن قيل كيف يكون التدبير والاستيلاد كالاعتاق وهو منه دونهما ، أجيب أن الإنهاء يحتاج إليه لتقرير الملك بجعل ما لم يكن كائناً وها هنا الملك متقرر فلا حاجة إليه .

(وإن أعتقه على مال) أي فإن أعتق العبد الذي اشتراه على مال ثم وجد به عيباً (لم يرجع بشيء لانه) أي المشتري (حبس بدله) أى بدل المبيع وأزال ملكه عنه بعوض (وحبس البدل كحبس المبدل) فصار كالمبيع ، وفي المبيع لا يرجع فكذا ها هنا (وعن أبي حنيفة رضي الله عنه أنه يرجع) وهو قول أبي يوسف والشافعي وأحمد رضي الله عنهم ، وفي شرح الاترازى بخطه، ونقل الفقيه أبو الليث « رح » في شرحه للجامع الصغير عن الأمالي قال إذا اشترى عبداً فأعتقه على مال أو كاتبه أو قتله ثم وجد به عيباً لا يرجع بشيء في قول أبي حنيفة « رح » ، وفي قول أبي يوسف « رح » يرجع بنقصان العيب وهذا موضع تأمل .

(لانه) أي لان الاعتاق (انهاء للملك ، وإن كان بعوض) يعين منه للملك سواء كان بعوض أو غير عوض ، ولهذا ثبتت الولاية في الوجهين ، ولو أبق ثم علم بالعيب لم يرجع

---

(١) لأن – هامش .

فإن قتل المشتري العبد ، أو كان طعاماً فأكله لم يرجع بشيء عند أبي حنيفة ، أما القتل فالمذكور ظاهر الرواية ، وعن أبي يوسف «رح» أنه يرجع لان قتل المولى عبده لا يتعلق به حكم دنياوي فصار كالموت حتف أنفه ، فيكون إنهاء ، وجه والظاهر أن القتل لا يوجد إلا مضموناً وإنما يسقط الضمان ها هنا باعتبار الملك فيصير كالمستفيد به عوضاً ، بخلاف الاعتاق ، لانه لا يوجب الضمان لا محالة كاعتاق المعسر عبداً مشتركا ،

بالنقصان عند أبي حنيفة « رح » ما دام حيا وبه قال الشافعي رضي الله عنه ، وعن أبي يوسف « رح » يرجع ، وبه قال الشافعي رضي الله عنه في وجه لتحقق العجز في الحال .

(قال) أي القدورى « رح » (وإن قتل المشترى العبد أو كان) أى الذى اشتراه كان (طعاماً فأكله لم يرجع بشيء عند أبي حنيفة ، أما القتل فالمذكور)أى في القدورى « رح » (ظاهر الرواية ، وعن أبي يوسف « رح » أنه يرجع) محمد « رح » معه في رواية التتابع ، وبه قال الشافعي وأحمد « رح ») (لان قتل المولى عبده لا يتعلق به) أى لا يتعلق بقتل (حكم دنياوى) من القصاص والدية (فصار كالموت حتف أنفه فيكون انهاء) للملك لان المقتول ميت بأجله كذا في المبسوط .

(ووجه الظاهر) أى وجه ظاهر الرواية (أن القتل لا يوجد إلا مضموناً) لقوله عليه الصلاة والسلام ليس في الإسلام دم مفرح أى مبطل وهو بالحاء المهملة ، وقال ابن الاثير ويروى بالجيم ، ولهذا لو باشره في ملك غيره كان مضمونا .

(وإنما يسقط الضمان ها هنا) أى في قتل المولى عبده (باعتبار الملك فيصير) أى المولى (كالمستفيد به) أى ملك العبد (عوضاً) وهو سلامة نفسه على اعتبار العمد ، وسلامة الدية على اعتبار الخطأ فصار كأنه أخذ عوضاً بإزالة ملكه بالقتل كما لو باع وأخذ الثمن (بخلاف الاعتاق لانه لا يوجب الضمان لا محالة كإعتاق المعسر عبداً مشتركاً) لا ضمان عليه ، فعلم أن الإعتاق لا يقتضي الضمان .

وأما الاكل فعلى الخلاف عندهما يرجع ، وعنده لا يرجع استحساناً ، وعلى هذا الخلاف إذا لبس الثوب حتى تخرق لهما أنه صنع في المبيع مايقصد بشرائه ويعتاد فعله فيه فأشبه الاعتاق، وله أنه تعذر الرد بفعل مضمون منه في المبيع فأشبه البيع والقتل ولا معتبر بكونه مقصوداً ألا ترى أن البيع مما يقصد بالشراء ثم هو يمنع الرجوع ، فإن أكل بعض الطعام ثم علم بالعيب فكذا الجواب عند أبي حنيفة « رح »

(وأما الاكل فعلى الخلاف عندهما) أي عنـــد أبي يوسف ومحمد « رح » (يرجع) بنقصان العيب (وعنده) أي عند أبي حنيفة رضي الله عنه (لا يرجع استحسانا) أي من حيث الاستحسان (وعلى هذا الخلاف المذكـور إذا لبس الثوب) الذى اشتراه (حتى تخرق) وتمزق ثم اطلع على عيب عند البائع فعنـــد أبي حنيفة « رح » ليس له الرجوع بنقصان العيب خلافاً لابي يوسف ومحمد والشافعي رضي الله عنهم ، وفي الخلاصة والفتوى على قولهما وأجمعوا أنه لو أتلف الطعام أو الثوب بسبب آخر ليس له حق الرجوع كذا في شرح الطحاوى (لهما) أى لابى يوسف ومحمد « رح (أنه) أى ان المشترى (صنع في المبيع ما يقصد بشرائه) وهو الاكل والشرب .

(ويعتاد فعله فيه) أى في المبيع ، فلا يمنع من الرجوع بنقصان العيب (فأشبـــه الاعتاق) من حيث انه إنهاء للملك بخلاف الاحراق والاستهلاك .

(وله) أى ولابى حنيفة (أنه تعذر الرد بفعل مضمون منه في المبيع فأشبه البيع والقتل) أى بيع الشيء الذى اشتراه ، وقتل العبد الذى اشتراه (فلا معتبر بكونـــه مقصوداً) أى بكون الاكل أو اللبس ، وهذا جواب عن قولهما إنه صنع في البيع مـــا يقصد بشرائه تقريره أنه لا يعتبر بكون الاكل أو اللبس مقصوداً (ألا ترى أن البيع مما يقصد بالشراء) لانـــه تصرف مشروع قد يقصد بالشراء (ثم هو يمنـــع الرجوع) أى بالنقصان .

(فإن أكل بعض الطعام ثم علم بالعيب فكذا الجواب عند أبى حنيفة « رح ») يعني

لان الطعام كشيء واحد ، وصار كبيع البعض ، وعندهما أنه يرجع بنقصان العيب في الكل ، وعنهما أنـــه يرد ما بقي لانه لا يضره التبعيض . قال ومن اشترى بيضاً أو بطيخاً أو قثاء أو خيـاراً أو جوزاً فكسره فوجده فاسداً فإن لم ينتفع به رجع بالثمن كله لأنه ليس بمال فكان البيع باطلاً ،

لا يرد ما بقي ، ولا يرجع بالنقصان (لان الطعام كشيء واحد) ولهذا رؤيـــة بعضه كرؤية كله (فصار كبيـع البعض) دون البعض (وعندهما انه يرجع بنقصان العيب في الكل) أي فيما أكل وفيما لم يأكل فـــأكل الكل لا يمنع الرجوع بالعيب عندهما فأكل البعض أولى .

(وعنهما) أي وعن أبي يوسف ومحمد « رح » (أنه يرد مـــا بقي لانـــه لا يضره التبعيض) فهو قـادر على الرد في البعض كما قبضه ويرجع بنقصان العيب فيما أكله ، وفي المجتبى أكل بعضه يرجع بنقصان عيبه ويرد ما بقي ، وبه يفتي .

ولو أطعم ابنه الصغير أو الكبير أو امرأته أو مكاتبه أو عتيقـه لا يرجع بشيء ، ولو أطعمه عبده أو مدبره أو أم ولده يرجع لان ملكه باق اشترى دقيقـاً وخبز بعضه وظهر أنه من رد ما بقي ورجع بنقصان ما خبز وهو المختار ، ولو كان سمناً ذائباً فأكله ثم أقر البائع أنه كان وقعت فيه فأرة رجع بالنقصان عندهما وبه يفتي .

(ومن اشترى بيضاً أو بطيخاً أو قثاء أو خياراً أو جوزاً فكسره فوجده فاسداًفان لم ينتفع به) أي بالمبيع كالقرع إذا وجده مراً أو البيضة إذا وجدها مذرة (رجعبالثمن كله) كذا في جامع قاضي خان أيضاً ، وفي المبسوط و كذلك الفاكهة إذا وجدها فاسدة بعد الكسر فان كان لا يساوي شيئاً يرجع بكل الثمن لانه تبين بطلان المبيع (لانـــه ليس بمال فكان البيـع باطلا) لعدم المالية ، إذ المال ما ينتفع به في الحال أو في ثاني الحال فاذا كان لا ينتفع بـــه أصلا لا يكون محلا للبيـع فبطل البيـع وبه قال الشافعي رضى الله عنه ، واختاره المزني « رح » وهذا إذا كسره ولم يعلم بالعيب ، أما لو كسره وهو عالم

ولا يعتبر في الجوز صلاح قشره على ما قيـــل لأن ماليته باعتبار اللب ، وإن كان ينتفع به مع فساده لم يرده ، لأن الكسر عيـــب حادث ولكنه يرجع بنقصان العيب دفعاً للضرر بقـدر الامكان ، وقال الشافعي « رح » يرده لأن الكسر بتسليطه . قلنا التسليط على الكسر في ملك المشتري لا في ملكه

بالعيب صار راضياً به فبطل حقه من كل وجه .

(ولا يعتبر في الجوز صلاح قشرة على ما قيل) أشار به إلى الجواب عما قـــال بعض المشايخ « رح » إذا كان لقشر الجوز قيمة بأن كان في موضع معتبراً الحطب فيـــه يرجع بحصة اللب ويصح العقد في قشره بحصة من الثمن ، لأن العقد في القشر صادف محله ، وقال يرده أولاً بقوله ولا يعتبر إلى آخره ، ثم علله بقوله (لأن ماليته) أي لأن مالية الجوز قبل الكسر (باعتبار اللب) دون القشر .

(وإن كان ينتفع بهمع فساده لم يرده ، لأن الكسر عيب حادث ولكنه يرجع بنقصان العيب دفعاً للضرر بقدر الإمكان) من الجانبين (وقال الشافعي رضي الله عنه يرده) أي إذا كسر مقدارما لا بدمنه العلم بالعيب ، وفي كتبهم فيه قولان في قول لا يرده وهو اختيار المزني « رح » وقول أبي حنيفة « رح » وفي قول الرد وقال مالك « رح » وأحمد « رح » ليس له الرد ولا الارش ، لأنه ليس من البائع تلبيس فإنه لا يعلم باطنه ، قلنا إن المشتري إنما بذل الثمن في مقابلة التسليم فلا يمكن أن يلزم جميع الثمن في مقابلة العيب ، لأنه إضرار به ، ولو كان كسر زيادة على مقدار ما لا بد منه للشافعي طريقان أظهرهما أنه لا يجوز له الرد قولاً واحداً وهو قولنـــا لأن الكسر عيب ، والثاني أنه على القولين ، وعلى قول من يقول له الرد هل يغرم إرش الكسر ، فيه قولان أحدهما يغرم والثاني لا يغرم ، لأنـــه معذور ، إذ البائع سلطه عليه .. كذا في شرح الوجيز (لأن الكسر بتسليطه) أي بتسليط البائع فصار كأنه فعله ورضي به .

(قلنا التسليط على الكسر في ملك المشتري لا في ملكه) أي في ملك البائع لأنـــه

فصار كما إذا كان ثوباً فقطعه ، ولو وجد البعض فاسداً وهو قليل جاز البيع استحساناً لأنه لا يخلو عن قليل فاسد ، والقليل ما لا يخلو عنه الجوز عادة كالواحد والاثنين في المائة ، وإن كان الفاسد كثيراً لا يجوز ويرجع بكل الثمن لأنه جمع بين المال وغيره فصار كالجمع بين الحر وعبده .

بالبيع لم يبق ملكه فلم يكن التسليط إلا في ملك المشتري وذلك هدر لعدم ولايته عليه (فصار كما إذا كان) المبيع (ثوباً فقطعه) ثم وجده معيباً فإنه يرجع بالنقصان بالإجماع ، وإن حصل التسليط منه لكونه هدراً ، هذا إذا وجد الكل فاسداً (ولو وجد البعض فاسداً) والبعض صحيحاً (وهو قليل) أي الفاسد قليل (جاز البيع استحساناً لأنه) أي أن الكثير من الجوز (لا يخلو عن قليل فاسد) فهو كالتراب في الحنطة ، فلو فسد البيع باعتبار فات بيعه عادة ، وفي القياس لا يجوز لأنه كالخمر والميتة بضم إلى المال .

ثم بين القليل من الكثير بقوله (والقليل ما لا يخلو عنه الجوز عادة ، كالواحدوالاثنين في المائة) وجعل الفقيه أبو الليث في شرح الجامع الصغير في الجوز الخمسة أو الستة أو نحو ذلك في المائة تعفوا ، وفي الذخيرة اشترى مائة بيضة فوجد فيها واحداً أو اثنين أو ثلاثة مذرة لا يرجع بشيء وجعل الثلاثة في المائة قليلاً ، ولو اشترى عشرة جوزاً فوجد فيها خمسة خاوية اختلف المشايخ فيه .

قيل يجوز العقد في الخمسة التي فيها لب بنصف الثمن بالإجماع ، وقيل يفسد في الكل بالإجماع ، لأن الثمن لم يفصل ، وقيل العقد فاسد في الكل عند أبي حنيفة رضي الله عنه لأنه يصير كالجمع بين الحي والميت في البيع وعندهما يصح في الخمسة التي فيها لب بنصف الثمن وهو الأصح ، لأن هذا بمعنى الثمن المفصل عندهما ، فإن الثمن ينقسم على الاجزاء لا على القيمة .

(وإن كان الفاسد كثيراً لا يجوز) أي في الكل (ويرجع بكل الثمن ، لأنه جمع بين المال وغيره) وذلك مفسد للعقد (فصار كالجمع بين الحر وعبده) حيث يفسد في الكل

قال ومن باع عبداً فباعه المشتري ثم رد عليه بعيب ، فإن قيل بقضاء القاضي بإقرار وبينة أو باباء يمين له أن يرده على بائعه لأنه فسخ من الأصل فجعل البيع كان لم يكن غاية الأمر أنه أنكر قيام العيب لكنه صار مكذباً شرعاً بالقضاء ، ومعنى القضاء بالاقرار أنـــه أنكر

(قال) أي القدوري (ومن باع عبداً فباعه المشتري ثم رد عليـــه) أي على المشتري (بعيب) كان قبله .

(فان قيل) أي الرد (بقضاء القاضي باقرار منه بالعيب أو بينة) قامت عليه عند القاضي من جهة المشتري الثاني لـمـــا أنكر المشترى الأول قبوله بالرد (أو بإباء يمين) أى وبامتناعه عن اليمين يعني لما عجز الخصم عن إقامة البينة وتوجه على المشتري الثاني اليمين فأبى عن اليمين وحكم القاضي عليه بالنكول .

ففي هذه الصور الثلاثة (له) أى للمشترى الأول (أن يرده) أى المبيع بالعيب (على بائعه لأنه) أى لأن المبيع (فسخ من الأصل) أى فسخ من كل وجه لأنـــه تعذر اعتباره .

(فجعل البيع كان لم يكن) أى فجعل البيع الثاني كالمعدوم ، والبيع الأول قائم فله الخصومة والرد بالعيب (غاية الأمر) هذا جواب عما يقال من جهة زفر انه لما أنكر العيب لم يكن له حق الخصومة لأنـــه متناقض في كلامه ، تقرير الجواب أن غاية أمر المشترى (أنه أنكر قيام العيب) أى أنكر الإقرار بقيام العيب (لكنه صار مكذباً شرعاً) أى من حيث الشرع (بالقضاء) أى بقضاء القاضي ، ولما صار مكذبـــاً بالقضاء ارتفعت المناقضة وصار كمن اشترى شيئاً واقتران البائع باع ملك نفسه ثم جاء إنسان واستحقه بالبينة لا يبطل حقه في الرجوع على البائع بالثمن .

(ومعنى القضاء بالإقرار) هذا تأويل من المصنف « رح » لمعنى قول محمد « رح » في الجامع الصغير ، فان قبله بقضاء القاضي باقرار وهـــذا في القدورى أيضاً ولكن لفظه فان قبله بقضاء القاضي فقط ، وليس فيه باقرار وقال المصنف « رح » معناه (أنه أنكر

الاقرار فأثبت بالبينة ، وهذا بخلاف الوكيل بالبيع إذا رد عليه بعيب بالبينة حيث يكون رداً

الإقرار فأثبت بالبينة) وإنما احتاج إلى هذا التأويل لأنه إذا لم ينكر إقراره بعد الإقرار لا يحتاج إلى القضاء بل يرد عليه باقراره بالعيب وحينئذ ليس له أن يرده على بائعه لأنه اقاله .

وفي الفوائد قال بعض مشايخنا الجواب في فضل البينة ، والنكول محمول على ما إذا كان المشتري ساكتا فإن البينة على الساكت مسموعة ، والساكت يستحلف أيضاً لأنه يترك منكراً .

أما إذا انكر المشتري الأول أن يكون هذا العيب عنده ثم كان بالبينة أو النكول فعلى قول محمد « رح » ليس له أن يخاصم بائعه لمكان التناقض ، وعلى قول أبي يوسف « رح » له ذلك لتكذيب القاضي إياه بالبينة وعامتهم قالوا إن سبق منه جحود نصابان قال وما بها هذا العيب وإنما حدث عندك ثم أقر به ذلك وأبى القبول فالقاضي أجبره على القبول لم يكن أن يخاصم بائعه .

وفي الكافي قال زفر « رح » لا يعتبر فسخاً في حق البائع الأول حتى لا يرد عليه لأن القاضي مضطراً إلى القضاء ، وهذا الاضطرار جاء بإقراره أو بنكوله فانتقل فعل القاضي إليه لأن فعل المكره ينتقل إلى المكره بكسر الراء وإذا انتقل صار كأنه باشر بنفسه .

قلنا فعل المكره إنما ينتقل إذا صلح آلة للمكره كما في القتل فإنه يمكنه أن يأخذه ويضربه عليه والقاضي لا يصلح آلة له في حق القضاء بالفسخ ، لأن الفسخ يكون بالكلام ، والكلام لا ينتقل إلى المكره لأن التكلم بلسان المغير لا يتصور .

(وهذا) إشارة إلى قوله أن يرده من حيث المعنى إذ تقديره والبيع الأول قائم بنفسه فلم ينفسخ بفسخ بيع الثاني (بخلاف الوكيل بالبيع) بأن جواب عما يقال إذا رد المبيع بعيب على الوكيل بالبينة كان ذلك رداً على الموكل ، وفيما نحن فيه على المشتري ليس رداً على البائع تقريره أن هذا بخلاف الوكيل بالبيع وكل شخصاً ببيع عبده مثلا فإنه (إذا رد عليه بعيب بالبينة) أي إذا رد على الوكيل بعيب بالبينة أو بالنكول (حيث يكون رداً

على الموكل ، لأن البيع هناك واحد والموجود ها هنا بيعان ، فيفسخ الثاني ولا ينفسخ الأول وإن قبل بغير قضاء القاضي ليس له أن يرده لأنـــه بيع جديد في حق ثالث ، وإن كان فسخاً في حقهما والأول ثالثهما ، وفي الجامع الصغير وإن رد عليه بإقراره بغير قضاء بعيب لا يحـدث مثله

على الموكل لأن البيع هناك) أي في مسألة الوكيل (واحد) أي بيع واحد ، فكان القضاء عليه بالرد رداً على الموكل (ولا ينفسخ الأول) أي في مسألة بيع المشتري (بيعان فيفسخ الثاني) أي فيفسخ البيع الثاني (لا ينفسخ الأول) أي البيع الأول ، فلأجل هذا لم يكن الرد على المشتري الأول رداً على بائعه (وإن قبل بغير قضاء القاضي) عطف على قوله فإن قبل بقضاء القاضي أي فإن قبل المشتري الأول بغير قضاء القاضي بل قبل برضاء (ليس له أن يرده) على بائعه (لأنه) أي لأن الرد بالتراضي (بيع جديد في حق ثالث) وهو إقالته (وإن كان فسخاً في حقها والأول) أي البـــائع الأول (ثالثهما) أي ثالث اثنتين وهما المشتري الأول الذي هو البائع الثاني والمشتري الثاني ، ولهذا يتحدد الشفيع حق الشفعة لأنه ثالثهما فصار كأن المشتري الأول اشتراه ثانياً ما باع فلا يكون له حق الخصومة ، لا في الرد ولا في حق الرجوع بالنقصان .. كذا في الكافي ، وقـال الشافعي رضي الله عنه يرده كما في الرد بالقضاء ، فإن قلت هذا يشكل بمسألة ذكرها في المحيط ، وهو من اشترى ديناراً بدرهم وقبض الدينار وباعه من ثالث ووجد بـــه عيباً فرده على المشتري الأول بغير قضاء كان له أن يرده على بائعه ، قلت لا يشبه الصرف العروض لأن الرد في العروض جعل بيعاً جديداً في حق الثالث وهو البائع الأول وها هنا لا يمكن أن يجعل بيعـاً جديـداً لأن النقود لا تتعين في المعقود ، فكان البيع الثـــاني لم يكن في حقه .

(وفي الجامع الصغير وإن رد عليه) أي المشتري الأول (بإقراره بغير قضاء) أي بغير قضاء القاضي بالرد (بعيب) أي بسبب عيب (لا يحدث مثله) كالاصبع الزائدة أو

لم يكن له أن يخاصم الذي باعه، وبهذا يتبين أن الجواب فيما يحدث مثله وفيما لا يحدث سواء ، وفي بعض روايات البيوع أن فيما لا يحدث مثله يرجع بالنقصان للتيقن بقيام العيب الأول عند البائع الأول .

قال ومن اشترى عبداً فقبضه فادعى عيباً لم يجبر على دفع الثمن حتى يحلف البائع أو يقيم المشتري البينة

الناقصة (لم يكن له أن يخاصم الذي باعه) صورته في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة رضي الله عنه في رجل اشترى من رجل عبداً ثم باعه من آخر فوجد به الآخر عيباً لا يحدث مثله فرده على بائعه وقبل منه عبداً بغير قاض قال ليس له أن يرده على البائع الأول أبداً .

قال المصنف (وبهذا) أي بوضع المسألة في الجامع الصغير في العيب الذي لا يحدث مثله (يتبين أن الجواب فيما يحدث مثله) كالقروح والأمراض (وفيما لا يحدث) كالإصبع الزائدة كما ذكرنا (سواء) في الخصومة مع البائع إذا قبله بغير قضاء وذلك لأنه لم يتمكن من الرد فيما لا يحدث مع التيقن بوجوده عند البائع الأول كان أولى أن لا يتمكن من الرد فيما يحدث مثله مع احتمال أنه حدث عند المشتري بهذا هو فائدة وضع الجامع وهو الصحيح .

(وفي بعض روايات البيوع) أي بيوع الأصل (أن فيما لا يحدث مثله يرجع بالنقصان للتيقن بقيام العيب عند البائع الأول) والصحيح رواية الجامع الصغير لأن الرد بغير قضاء إقالة معتمد التراضي فيكون بمنزلة بيع جديد في حق غيرهما وهو البائع الأول فلا يعود الملك المستفاد من جهة البائع الأول لتخاصمه .

(قال) أي محمد « رح » في الجامع الصغير (ومن اشترى عبداً فقبضه فادعى عيباً لم يجبر على دفع الثمن حتى يحلف البائع أو يقيم المشتري بينة) صورة المسألة في الجامع الصغير محمد « رح » عن يعقوب عن أبي حنيفة رضي الله عنه في رجل اشترى من رجل عبداً بألف درهم وقبض العبد ثم جاء البائع يخاصمه في الثمن فقال قد كنت دلست لي هذا

لأنه أنكر وجوب دفع الثمن حيث أنكر تعين حقه بدعوى العيب ودفع الثمن أولاً ليتعين حقه بإزاء تعين المبيع ولأنه لو قضى بالدفع فلعله يظهر العيب فينتقض القضاء فلا يقضي به صوناً لقضائه ،

العيب قال لا يجبر على دفع الثمن حتى يشهد الشهود أو يستحلفه ، فإن قال شهودي بالشام قال يقال له ادفع الثمن وإن شئت استحلف لك وادفع الثمن .. إلى هنا لفظ الجامع فأخذ المصنف « رح » هذا ونقله بالعبارة المذكورة ثم علل المسألة بقوله (لأنه أنكر) أي لأن المشتري أنكر (وجوب دفع الثمن) أي وجوب تسليم الثمن على نفسه لما ادعى العيب (حيث أنكر) أي المشتري (تعين حقه بدعوى العيب) لأن حقه في التسليم لا في العيب .

(ودفع الثمن أولاً) يعني وجوب دفع الثمن أولاً إنما هو (ليتعين حقه) أي حق البائع (بازاء تعين المبيع) فحيث أنكر تعين حقه في المبيع لأن حقه في التسليم ، فقد أنكر علة وجوب دفع الثمن أولاً وفي إنكار العلة إنكاراً للمعلول ، فانتصب خصما ولا بد حينئذ من حجة وهي إما بينة أو يمين البائع ، فان قيل في هذا التعليل فساد الوضع لأن صفة الإنكار تقتضي إسناد اليمين إليه لا إقامة البينة ، فالجواب أن الاعتبار بالمعنى لا بالصورة وهو فيه مدعي يدعي ما يوجب دفع وجوبه دفع الثمن أولا كان في الصورة منكراً .

(ولأنه) دليل آخر ولأن القاضي (لو قضى بالدفع) أى بدفع الثمن (فلعله يظهر العيب فينتقض القضاء فلا يقضي) أى بالدفع (به صونا لقضائه) أى حفظاً لقضائه عن النقض وها هنا سؤال وهو أن الموجب للجبر موجود وهو البيع مع القبض وما ادعاه المشترى من العيب موهوم ، والموهوم لا يعارض المتحقق ، والجواب عنه يفهم من تقرير الدليل الثاني على ما لا يخفى على الفطن ، ولكن توضيحه زيادة للبيان وهو وإن كان ما ادعاه المشترى موهوماً لكن فيه صيانة القضاء عن النقض لانه يمكن أن يقيم المشترى البينة بعد الجبر على العيب فيلزم بطلان القضاء في عدم الجبر صون القضاء عن النقض ، وسعي الإنسان في نقض ما تم من جهته مردود ، ولهذا لو عجل زكاة ماله قبل الحول إلى

فإن قال المشتري شهودي بالشام استحلف البائع ودفـــع الثمن يعني إذا حلف ولا ينتظـر حضور الشهود ، لأن في الانتظـار ضراراً بالبائع ، وليس في الدفع كثير ضرر به ، لانه على حجته ، أما إذا نكل ألزم العيب لانه حجة فيه .

المساعي لا يسترد لاحتمال أنه يكون زكاة ببقاء المال في يـــده ، ولان الموجب للجبر لا نسلم أنـــه متحقق إذ الموجب للجبر البيع مع قبض الحق ، وها هنا قبض الحق غير متعين لإنكاره .

(فان قال المشترى شهودي بالشام استحلف البـــائع) يعني إذا طلب من المشترى إقامة البينة على ما ادعاه فقال شهودي غيب في الشام استحلف البائع ولا ينتظر حضور الشهود لانه أمر على خطر ، أو يكون أم لا يكون فلا يؤخر الواجب بل يحلف البائع ، فان قال بالله لقد سلمته إليك بحكم البيع وما به هذا العيب أجبر المشترى على دفع الثمن وهو معنى قوله (ودفع الثمن يعني إذا حلف لا ينتظر حضور الشهود لان في الإنتظار ضرراً بالبائع) لان التأخير لا إلى غاية يجرى مجرى الابطال .

(وليس في الدفع كثير ضرر به) جواب عما يقـال إن في إلزام المشتري دفع الثمن ضرراً له ، وتقرير الجواب ليس في دفع الثمن إلى المشترى كثير ضرر به بالمشترى (لانه على حجته فيه) يعني بسبيل من إقامة البينة عند حضور شهوده .

وقال الاكمل رحمه الله وفيه بحث من وجهين الاول ما قيل في بقاء المشترى على حجته بطلان قضاء القاضي ، والثاني أن الانتظار وإقـــامة الحجة بعد الدفع مؤقتان بحضور الشهود فكيف كان أحدهما ضرراً والآخر دونه .

والجواب عن الأول أن القاضي ها هنا قـــد قضى باداء الثمن إلى حضور الشهود لا مطلقاً فلا يلزم البطلان ، وعن الثاني بأنه في دعوى غيبة الشهود متهـم لجواز أن يكون ذلك مماطلة فلا يسمع قوله في حق غيره ، أما إذا نكل أي البائع عن اليمين ألزم العيب لأنه أي لأن النكول حجة فيـــه أي في ثبوت العيـب قيل هذا إحتراز عن النكول في

قال ومن اشترى عبداً فادعى إباقاً لم يحلف البائع حتى يقيم المشتري البينة أنه أبق عنده والمراد التحليف على أنه لم يأبق عنده لان القول وإن كان قوله ولكن إنكاره إنما يعتبر بعد قيام العيب به في يد المشتري،

الحدود والقصاص فإنه ليس بحجة وكذا النكول ليس بحجة في الأشياء الستة عند أبي حنيفة « ره » وقال الأترازي « ره » في قولهم في بيان هذه المسألة لأن المشتري على حجته دليل أن إقامة البينة بعد حلف المدعى عليه معتبرة .

وفي خلاصة الفتاوى لو أقام المدعي البينة بعدما حلف المدعى عليه فقيل وكذلك لو قال المدعي للمدعى عليه احلف وأنت بريء ، أو قال إذا حلفت فأنت بريء ، فحلف ثم أقام هو البينة تقبل ، أما إذا قال المدعي لا بينة لي فحلف المدعى عليه ثم أتى هو بالبينة تقبل في رواية الحسن « رح » عن أبي حنيفة « رح » وعن محمد « رح » أنها لا تقبل .

(قال) أي محمد « رح » في الجامع الصغير (ومن اشترى عبداً فادعى إباقاً لم يحلف البائع حتى يقيم المشتري البينة أنه أبق عنده) صورة المسألة فيه محمد عن أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه في رجل باع رجل عبداً فقال المشتري بعتني إبقا وكذبه البائع، قال لا أحلف البائع على الاباق حتى يقيم المشتري البينة أنه أبق عنده، فإذا قام على ذلك البينة استحلف البائع بالله لقد باعه وقبضه وما أبن قط ... انتهى وضع المسألة في الإباق والحكم في جميع العيوب التي لا تشاهد عند الخصومة كذلك نحو السرقة والبول على الفراش والجنون ، إلا أن المعاودة في يد المشتري شرط في العيوب الثلاثة والحالة واحدة ، وهل تشترط المعاودة في الجنون . فيه كلام قد مر أول الباب .

(والمراد التحلف على أنه لم يأبق عنده) أي المراد من قول محمد « رح » لم يحلف البائع حتى يقيم المشتري البينة يحلف على أن العبد لم يأبق عند البائع يعني لا يحلف البائع ولا يتوجه عليه الخصومة ما لم يثبت العيب عند المشتري أولا بالحجة (لأن القول وإن كان قوله ولكن إنكاره) أي إنكار البائع (إنما يعتبر بعد قيام العيب به) أي بالمبيع (في يد المشترى) لأن السلامة أصل والعيب عارض .

ومعرفته بالحجة ، فإذا أقامها حلف بالله تعالى لقد باعه وسلمه إليه ، وما أبق عنده قط كذا قال في الكتاب ، وإن شاء حلفه بالله ماله حق الرد عليك من الوجه الذي يدعي أو بالله ما أبق عندك قط ، أما لا يحلفه بالله لقد باعه ، وما به هذا العيب ولا بالله لقد باعه وسلمه ، وما به هذا العيب لان فيه ترك النظر ، للمشتري ولان العيب قد يحدث بعد البيع قبل التسليم وهو موجب للرد والاول ذهول عنه ، والثاني يوهم تعلقه بالشرطين فيتناوله في اليمين

(ومعرفته) أي معرفة قيام العيب (بالحجة ، فإذا أقامها حلف بالله تعالى لقد باعه وسلمه إليه وما أبق عنده قط .. كذا قال في الكتاب) اي في الجامع الصغير ، وقد مر عن قريب .

وقال المصنف (وإن شاء حلفه بالله ماله حق الرد عليك من الوجه الذي يدعي) أي ليس للمشتري حق الرد عليك أيها البائع بالسبب الذي يدعيه المشتري (أو بالله) أو حلفه بالله (ما أبق عندك قط ؟) يعني أو حلفه القاضي بهذا الوجه فيقول البائع بالله ما أبق قط . وإنما قال عندك ، لأن القاضي يخاطب البائع كذلك ، فإذا حلف أضاف إلى نفسه .

(أما لا يحلفه بالله لقد باعه وما به هذا العيب ولا بالله لقد باعه وسلمه وما به هذا العيب لأن فيه ترك النظر للمشتري لأن العيب قد يحدث بعد البيع قبل التسليم وهو موجب للرد والأول ذهول عنه) أي التحليف بقوله بالله لقد باعه وما به هذا العيب غفلة عن حدوث العيب بهذا البيع قبل التسليم ، فلأجل هذا لا يحلف بهذا الوجه لأن العيب ربما لا يكون عند البائع ثم يحدث قبل التسليم وهو موجب للرد ، فإذا حلف على العيب لم يكن عند البائع يتضرر المشتري ، لأن البائع صادق في حلفه فلا يحنث .

(والثاني) اي التحليف بالله لقد باعه وسلمه وما به هذا العيب (يوهم تعلقه) أي تعلق العيب (بالشرطين) يعني البيع والتسليم (فيتناوله) أي البائع (في اليمين) ويقول

عند قيامه وقت التسليم دون البيع ، ولو لم يجد المشتري بينة على قيام العيب عنده وأراد تحليف البائـــع بالله ما نعلم أنه آبق عنده يحلف على قولهما ، واختلف المشايخ « رح » على قول أبي حنيفة « رح » لهمـا أن الدعوى معتبرة حتى يترتب عليـــه البينة فكذا يترتب التحليف وله على مـــا قاله البعض أن الحلف يترتب على دعوى صحيحة وليست تصح إلا من خصم ، ولا يصير خصماً فيه إلا بعد قيام العيب ،

لم يكن العيب (عند قيامه) أي عنـد قيام المعيب (وقت التسليم دون البيع) يعني لم يكن العيب عند الحالتين بل عند التسليم فحسب ، فاذا حلف على هذا الوجـــه يكون صادقـــا ولا يحنث إذ بانتفاء الجزء لا ينتفي كل فيتضرر المشتري ، وإنما قـــال يوهم إشارة إلى أن تأويل البائع ذلك في يمينه ليس بصحيح ولكنه يوهم لذلك .

(ولو لم يجد المشتري بينة على قيام العيب عنده وأراد تحليف البائع بالله ما نعلم أنـــه أبق عنده) أي عند المشتري (يحلف على قولهما) أي قول أبي يوسف ومحمد على العلم لأنه تحليف على فعل الغير فيحلف البائع بالله ما يعلم أن هذا العبد جن عند هذا المشتري ولا أبق ولا سرق ولا بال على فراش .. كـذا ذكر في الجامـع الكبير قولهما ولم يذكر قول أبي حنيفة « رح » (واختلف المشايخ على قول أبي حنيفة « رح ») فقيل يحلف عنـده أيضاً ، وقيل لا يحلف وهو الأصح (لهما) أي لأبي يوسف ومحمـد « رح » (أن الدعوى معتبرة حتى يترتب عليها البينة .. فكذا يترتب التحليف) أي صحـة التحليف تترتب على إقامة البينة من المشتري .. فكذا يصح التحليف.

(وله) أي ولأبي حنيفـة « رح » (على ما قاله البعض) أي بعض المشايخ « رح » (أن الحلف يترتب على دعوى صحيحة وليست تصح) على الدعوى الصحيحـة (إلا من خصم ولا يصير) أي المشتري (خصماً فيه) اي فيما ذكرنا (إلا بعد قيام العيب) عنـد نفسه ، وفي هذا إشارة إلى أنه لا يشترط لترتب البينة على الدعوى كونها صحيحة ، بل

وإذا نكل عن اليمين عندهما يحلف ثانياً للرد على الوجه الذي قدمناه قال رضي الله عنه إذا كانت الدعوى في إباق الكبير يحلف ما أبق منذ بلغ مبلغ الرجال ، لان الإباق في الصغر لا يوجب رده بعد البلوغ . قال ومن اشترى جارية وتقابضا فوجد بها عيباً فقال البائع بعتك هذه وأخرى معها ، وقال المشتري بعتنيها وحدها فالقول قول المشتري ، لان الإختلاف في مقدار المقبوض فيكون القول للقابض كما في الغصب

تقوم البينة فيما لا دعوى فيه أصلاً كالحدود ، وكذا تصح إقامة البينة على أنه وكيل أو وارث فلان بلا دعوى (وإذا نكل) اي البائع (عن اليمين عندهما يحلف ثانيا للرد) وهذه اليمين تسمى يمين الرد ، فإن حلف برىء ، وإن نكل يثبت العيب عند البائع فيرد عليه (على الوجه الذي قدمناه) اي يحلف على الثبات على ما قدمه من قوله بالله ماله حق الرد عليك من الوجه الذي يدعي أو بالله ما أبق عندك قط ؟ وفي بعض النسخ يحلف ثانياً للرد إلى آخره .

(قال العبد الضعيف) هو المصنف رحمه الله (إذا كانت الدعوى في إباق الكبير يحلف ما أبق منذ بلغ مبلغ الرجال ، لأن الإباق في الصغر لا يوجب رده بعد البلوغ) وذلك لأن اتحاد الحالة شرط في العيوب الثلاثة فلا يلزم الرد من وجودها عند المشتري في الكبر إذا كان وجودها عند البائع في الصغر ، فإذا حلف البائع مطلقاً يكون فيه ترك النظر للبائع لأنه يمنع عن اليمين مطلقاً إذا وجدت هذه العيوب عنده في الصغر .

(وقال من اشترى جارية وتقابضا) اي قبض البائع الثمن والمشتري والجارية (فوجد بها عيباً فقال البائع بعتك هذه وأخرى معها ، وقال المشتري بعتنيها وحدها فالقول قول المشتري لأن الاختلاف في مقدار المقبوض فيكون القول للقابض) لأنه أعرف بما قبضه (كما في الغصب) فانه إذا اختلف الغاصب والمغصوب منه فقال المغصوب منه غصبت مني

وكذا إذا اتفقا على مقدار المبيع واختلفا في المقبوض لما بينا . قال ومن اشترى عبدين صفقة واحدة فقبض أحدهما ووجد بالآخر عيباً فإنه يأخذهما أو يدعهما لان الصفقة تتم بقبضهما فيكون تفريقاً قبل التمام ، وقد ذكرناه ، وهذا لان القبض له شبه بالعقد فالتفريق فيه كالتفريق في العقد ، ولو وجد بالمقبوض عيباً اختلفوا فيه ، ويروى عن أبي يوسف « رح » أنه يرده خاصة ،

غلامين ، وقال الغاصب غلاماً واحداً فالقول بالغاصب لأنه القابض (وكذا إذا اتفقا) اي المتعاقدان (على مقدار المبيع واختلفا في المقبوض) بأن كان المبيع جاريتين فاختلفا فقال البائع قبضتها وقال المشتري ما قبضت إلا إحداهما فالقول قول المشتري (لما بينا) ان في الاختلاف في مقدار المقبوض القول قول القابض .

(قال) اي محمد « رح » في الجامع الصغير (ومن اشترى عبدين صفقة واحدة وقبض أحدهما ووجد بالآخر عيباً فإنه يأخذهما او يدعهما) اي يأخذهما جميعاً او يتركها جميعاً ، وليس له أن يأخذ السليم خاصة (لأن الصفقة تتم بقبضهما فيكون) اي قبض أحدهما (تفريقاً قبل التمام) وهو لا يجوز (وقد ذكرناه) يعني قبل باب خيار العيب بقوله لأن الصفقة تتم مع خيار العيب بعد القبض وإن كانت لا تتم قبله (وهذا) اي التفريق في القبض لا يجوز (لأن القبض له شبه بالعقد) من حيث أن القبض يثبت ملك التصرف وملك اليد كما أن العقد يثبت ملك رقبة ، والغرض من ملك الرقبة ملك التصرف وملك اليد (فالتفريق فيه) اى في القبض (كالتفريق في العقد) ولو قال بعت منك هذين العبدين فقال قبلت أحدهما لم يصح فكذا هذا .

(ولو وجد بالمقبوض عيباً) اى لو وجد المشترى بالمقبوض عيباً فيما إذا اشترى عبدين فقبض أحدهما ووجد فيه عيباً (اختلفوا) اى المشايخ (فيه) اى في حكمه ، والصحيح أنه لا يرد المقبوض خاصة ، يعني إن شاء ردهما جميعاً أو أخذهما ، كما يجيء الآن .

(ويروى عن أبي يوسف « رح » أنه يرده) المقبوض (خاصة) لأن الصفقة تمت فيه

والاصح أنه يأخذهما أو يردهما ، لان تمام الصفقة تعلق بقبض المبيع وهو اسم للكل فصار كحبس المبيع لما تعلق زواله باستيفاء الثمن لا يزول دون قبض جميعهم ، ولو قبضهما ثم وجد بأحدهما عيباً يرده خاصة خلافاً لزفر هو يقول فيه تفريق الصفقة ، ولا يعرى عن ضرر لأن العادة جرت بضم الجيد إلى الرديء فأشبه ما قبل القبض ،

(والأصح أنه يأخذهما أو يردهما لأن تمام الصفقة تعلق بقبض المبيع وهو اسم للكل) اى لكل ما وقع عليه العقد (فصار) أي تمام الصفقة (كحبس المبيع لما تعلق زواله) أي زوال حبس المبيع (باستيفاء الثمن لا يزول) أي حق الحبس (دون قبض جميعه) أي جميع الثمن ، وقوله لا يزول جواب لما (ولو قبضهما) أي العبدين مثلاً (ثم وجد بأحدهما عيباً يرده) أي المقبوض (خاصة خلافاً لزفر) فان عنده ليس له إلا أن يردهما .

وبه قال الشافعي رضي الله عنه كذا ذكر قولهما في الايضاح وكذا ذكر شمس الأئمة البيهقي « رح » قول زفر « رح » في الكفاية وكذا ذكر شمس الأئمة السرخسي « رح » في شرح الكافي قول زفر « رح » فقال على قول زفر يردهما إن شاء ، ولكن قال القدوري « رح » في كتاب التقريب قال أصحابنا إذا اشترى عبدين صفقة واحدة فوجد بأحدهما عيباً بعد القبض رده خاصة .

وقال زفر « رح » يرد المعيب في الوجهين ، وعلل لزفر « رح » بأن العقد صح فيهما ، والعيب وجد بأحدهما فصار كما بعد القبض ، وذكر صاحب التخلف والمنظومة مثل ما ذكر القدوري « رح » فيحمل الاختلاف في قول زفر « رح » على اختلاف الرواية عنه (هو يقول) اى زفر « رح » (فيه تفريق الصفقة ولا يعرى) أي تفريق الصفقة (عن ضرر لأن العادة جرت) بين التجار (بضم الجيد إلى الرديء) لرواج الرديء، فاذا جاز ردأحدهما دون الآخر يفوت غرض البائع وفيه ضرر (فأشبه ما قبل القبض) بجامع دفع الضرر .

وخيار الرؤية والشرط ، ولنا أنه تفريق الصفقة بعـــد التمام ، لأن بالقبض تتم الصفقة في خيار العيب ، وفي خيار الرؤية والشرط لا تتم به على ما مر ، ولهذا لو استحق أحدهما ليس له أن يرد الآخر .

قال ومن اشترى شيئاً مما يكال أو يوزن فوجد ببعضه عيباً رده كله إذا أخذه كله، ومراده بعد القبض

(وخيار الرؤية) أي وأشبه خيار الرؤية (والشرط) أي وخيار الشرط (ولنـا أنه) أي أن الرد (تفريق الصفقة بعد التمام) أي بعد تمـــام الصفقة (لأن بالقبض تتم الصفقة في خيار العيب) لأن العيب لا يمنع تمام الصفقة فيرد المعيب خاصة ، وبه قـــال الشافعي رضي الله عنه في قول (وفي خيار الشرط والرؤية لا تتم به) أي لا تتم الصفقة بالقبض فيهما (على ما مر) أي في باب خيار الرؤية .

(ولهذا) أي ولأجل التفريق بعد التمام (لو استحق أحدهما ليس له أن يرد الآخر) أي بعد قبضهما ، وهذا كله إذا كان المشترى شيئين يمكن الانتفاع بأحدهما دون الآخر كالعبدين والثوبين ، أما إذا كان المشترى شيئين لا يمكن الانتفاع بأحدهما دون الآخـر كخفين ومصراعي باب ونعلين فقبضهما ثم وجد بأحدهما أو بهما عيباً ردهما ان شـاء أو أخذهما ، وليس له أن يرد أحدهما دون صاحبه .. كذا قال الكرخي في مختصره ، وفي الفتاوى الصغرى إذا اشترى خفين فوجد أحدهما ضيقاً إن كان لا يدخله لعلة في الرجل ليس له أن يرده ، وإن لم يكن كذلك له أن يرده .

(ومن اشترى شيئاً مما يكال أو يوزن فوجد ببعضه عيباً رده كله أو أخـذه كله ، ومراده بعد القبض) أي ومراد محمد « رح » بعد القبض ، لأن المسألة من مسائل الجامـع الصغير ، وفي بعض النسخ والمراد به بعد القبض ، وإنما قيد به لأنه إذا كان قبل القبض لا يتفاوت الحكم عندنا بين المكيل والموزون وغيرهما في أنه لا يجوز تفريق الصفقة بـرد المعيب خاصة ، وأما التفريق إذا كان بعد القبض فيجوز تفريق الصفقة فيما عدا المكيـل والموزون ، وأمـــا فيهما فلا يجوز إذا كان في وعـاء واحد على ما هو اعتبـــار المشايخ « رح » .

لأن المكيل إذا كان من جنس واحد فهو كشيء واحد
ألا ترى أنه يسمى باسم واحد وهو الكر ونحوه ، وقيل هذا
إذا كان في وعاء واحد ، وإن كان في وعائين فهو بمنزلة عبدين حتى
يرد الوعاء الذي وجد فيه العيب دون الآخر ،

والشافعي رضي الله عنه قولان في الكل قبل القبض وبعده (لأن المكيل والموزون إذا كان من جنس واحد فهو كشيء واحد) احترز به عما إذا كان المكيل من جنسين كالحنطة والشعير فان للمشترى أن يرد المعيب خاصة ، وللشافعي رضي الله عنه قولان فيه بناء على جواز تفريق وعدمه .

ألا ترى أنه يسمى باسم واحد) أي حكماً وتقديراً لا تحقيقاً لأن المالية والتقوم في المكيلات والموزونات باعتبار الاجتماع فان الحبة الواحدة ليست مقومة حتى لا يصح بيعها فكانت القابلة للبيع باعتبار الاجتماع فصار الكل في حق البيع كشيء واحد ، والشيء الواحد لا يرد بعضه دون البعض (وهو الكر) بضم الكاف وتشديد الراء، وهو مكيال لأهل العراق معروف ، وجمعه الكرار ، وقال الأزهري « رح » الكر ستون قفيزاً والقفيز ثمانية مكاكيل والمكوك صاع ونصف صاع (ونحوه) أي ونحو الكر كالوسق والفرق والصبرة .

(وقيل هذا) أي الذي ذكرنا من أخذ الكل أو رد الكل (إذا كان في وعاء واحد ، وإن كان في وعائين فهو بمنزلة عبدين حتى يرد الوعاء الذي وجد فيه العيب دون الآخر) إذا كان قبضهما ، لأن ذلك لا يوجب عيباً زائداً ، وقال الفقيه أبو الليث رحمه الله في شرحه للجامع الصغير معنى هذا أن العيب إذا كان مختلطاً بالذي لا عيب فيه فليس له أن يرد المعيب ، لأنه لو رده على البائع كان ذلك إضراراً به ، وأما إذا كان المعيب في جوالق والجيد في جوالق أن يرد المعيب خاصة لأنه بمنزلة شيئين مختلفين .

ثم قال أبو الليث « رح » هذا التأويل يصح على قول محمد « رح » خاصة ، وإحدى الروايتين عن أبي يوسف ، وعلى قول أبي حنيفة « رح » لا يصح هذا التأويل لأنه روى

ولو استحق بعضه فلا خيار له في رد ما بقي لأنه لايضره التبعيض ، والاستحقاق لا يمنع تمام الصفقة لأن تمامها برضاء العاقد لا برضاء المالك، وهذا إذا كان بعد القبض ، أما لو كان ذلك قبل القبض له أن يرد الباقي لتفرق الصفقة قبل التمام . وإن كان ثوباً فله الخيار لأن التشقيص فيه

الحسن بن زياد عن أبي حنيفة « رح » في المجرد أن رجلاً لو اشترى أعدالاً من تمر فوجد بعدل منهما عيباً ، فان كان التمر كله من جنس واحد فهو بمنزلة شيء واحد فليس له أن يرد بعضه دون بعض ، ونقل الناطقي في الأجناس عن البيوع في رواية بشر بن الوليد « رح » لو اشترى زقين من السمن أو سلتين من زعفران أو حملين من القطن أو الشعير قبض الجميع ، له رد المعيب خاصة ، إلا أن يكون هذا ، والآخر على السواء ، فاما أن يرد كله أو يترك كله .

(ولو استحق بعضه) أي بعض ما يكال أو يوزن بعد القبض (فلا خيار له في ردما بقي لأنه لا يضره التبعيض) والشركة في المكيلات والموزونات لا تعد عيباً باعتبار أن التبعيض لا يضرهما بعد القبض لتمام الصفقة (والاستحقاق) جواب إشكال ، وهو أن يقال ينبغي أن يكون له الخيار في رد ما بقي في صورة الاستحقاق كيلا يلزم تفريق الصفقة قبل التمام ، وتقرير الجواب أنه لا يلزم ذلك لأنه لو لزم ذلك الملزوم بطريق الاستحقاق والاستحقاق (لا يمنع تمام الصفقة ، لأن تمامها برضاء العاقد لا برضاء المالك) لأن العقد حق العاقد، وتمامه يستدعي تمام رضاه وبالاستحقاق لا ينعدم ذلك ، ولهذا قلنا في الصرف والسلم إذا جاء المستحق بعد ما افترقا بقي العقد صحيحاً فعلم أن تمام العقد يستدعي تمام رضاء العاقد لا المالك .

(وهذا) أي كون الاستحقاق لا يوجب خيار الرد (وإذا كان بعد القبض ، أما لو كان ذلك قبل القبض له أن يرد الباقي لتفرق الصفقة قبل التمام) لأن تمام الصفقة يحتاج إلى رضاء العاقد ، وقبض المبيع وانتفاء أحدهما يوجب عدم تمامها .

(وإن كان ثوباً) أي وإن كان المستحق ثوباً (فله الخيار ، لأن التشقيص فيه) أي

عيب ، وقد كان وقت البيع حيث ظهر الاستحقاق بخلاف المكيل والموزون ، ومن اشترى جارية فوجد بها قرحاً فداواها أو كانت دابة فركبها في حاجته فهو رضا لأن ذلك دليل قصده الاستيفاء، بخلاف خيار الشرط ، لأن الخيار هناك للاختيار ، وإنه بالاستعمال فلا يكون الركوب مسقطاً ، وإن ركبها ليردها على بائعها أو ليسقيها أو ليشتري لها علفاً فليس برضا ، أما الركوب للرد فلأنه سبب الرد ، والجواب في السقى ، واشتراء العلف محمول على ما إذا كان لا يجد منه بدأ إما لصعوبتها أو لعجزه

في الثوب (عيب) عرفاً (وقد كان) أي التشقيص (وقت البيع حيث ظهر الإستحقاق) يعني أن عيب الشركة فيه لم يحدث في يد المشتري حتى يمنع الرد الذي كان في يد البائع حيث ظهر الإستحقاق ، فلا يكون مانعاً (بخلاف المكيل والموزون) فإن التشقيص ليس بعيب فيهما حيث لا يضر .

(ومن اشترى جارية فوجد بها قرحاً فداواها أو كانت دابة فركبها في حاجته فهو رضاً لأن ذلك دليل قصده الإستيفاء) وإمساك العين الأصل في هذه المسائل أن تصرف المشتري بشيء يدل على الرضاء بعد العلم بالعيب يمنع الرد والارش نحو العرض على البيع والإجارة واللبس والركوب لحاجته والمداواة والرهن والكتابة والإستخدام مرة ثانية لأنه صار راضياً بالعيب (بخلاف خيار الشرط ، لأن الخيار هناك) أي في خيار الشرط (للاختيار ، وإنه) أي وإن الإختيار يكون (بالإستعمال ، فلا يكون الركوب مسقطاً) للخيار لكون الركوب في شرط الخيار للامتحان فيكون مقصوداً من الخيار .

(وإن ركبها ليردها على بائعها أو ليسقيها) أي أو ركبها ليسقيها (أو ليشتري لها علفاً فليس برضا) بالعيب (أما الركوب للرد فلأنه سبب الرد والجواب في السقي واشتراء العلف محمول على ما إذا كان لا يجد منه بدأ إما لصعوبتها) أي لصعوبة الدابة (أو

أو لكون العلف في عدل واحد ، وأما إذا كان يجد منه بدأ لانعدام ما ذكرنا فيكون رضا . قال ومن اشترى عبداً قد سرق ولم يعلم به فقطع عند المشتري ، له أن يرده ويأخذ الثمن عند أبي حنيفة رضي الله عنه ، وقالا يرجع بما بين قيمته سارقاً إلى غير سارق ، وعلى هذا الخلاف إذا قتل بسبب وجد في يد البائع

لعجزه) أي أو لعجز نفسه (أو لكون العلف في عدل واحد ، وأما إذا كان يجد منه بدأ لانعدام ما ذكرنا فيكون رضا) وفي خلاصة الفتاوى فلو حمل علف دابة أخرى وركبها أو لم يركبها فهو رضى ، وقال ابن دريد العدل بالكسر إذا عدل بمثله (قال) أي محمد في الجامع الصغير (ومن اشترى عبداً قد سرق ولم يعلم به) ولم يعلم المشتري بكون العبد قد سرق لا وقت البيع ولا وقت القبض كذا ذكره التمرتاشي « رح » (فقطع عند المشتري) أي قطعت يده عند المشتري لثبوت سرقه (له) أي للمشتري (أن يرده ويأخذ الثمن عند أبي حنيفة رضي الله عنه) أي جميع الثمن ... هكذا ذكر في عامة شروح الجامع الصغير ، وهكذا في بعض روايات المبسوط في جامع التمرتاشي ، وبعض روايات المبسوط يرجع بنصف الثمن ، وقول من قال يرجع بكل الثمن ينصرف إلى اختيار رد العبد المقطوع ، وقول من قال بالنصف ينصرف إلى اختيار امساك

(وقالا) أي أبو يوسف ومحمد « رح » (يرجع بما بين قيمته سارقا إلى غير سارق) يعني يقوم سارقاً وغير سارق فيرجع بفضل ما بينهما من الثمن (وعلى هذا الخلاف) المذكور بين أبي حنيفة وصاحبيه (إذا قتل) أي العبد (بسبب وجد في يد البائع) صورته اشترى عبداً مباح الدم لقود أو وردة أو قطع طريق فقتل عند المشتري يرجع على البائع بكل الثمن عند أبي حنيفة « رح » ، وبه قال الشافعي رضي الله عنه في قول وهو اختيار المزني وأبي إسحاق المروزي « رح » ، وعندهما يقوم مباح الدم ومعصوم الدم فيرجع بفضل ما بينهما وبه قال الشافعي رضي الله عنه في قول وهو اختيار ابن شريح وأبي هريرة رضي الله عنه من الصحابة ، وفي صحة بيع العبد الجاني له قولان أحدهما أنه يصح واختاره

والحاصل أنه بمنزلة الاستحقاق عنده ، وبمنزلة العيب عندهما ، لهما أن الموجود في يد البائع سبب القطع والقتل وإنه لا ينافي المالية فنفذ العقد فيه ، لكنه متغيب فيرجع بنقصانه عند تعذر رده وصار كما إذا اشترى جارية حاملاً فماتت في يده بالولادة فإنه يرجع بفضل ما بين قيمتها حاملاً إلى غير حامل

المزني « رح » والثاني أنه لا يصح وما ذكرنا من القولين في الرجوع بكل الثمن والنقصان على قول صحة البيع كذا في كتبهم .

(والحاصل) من هذا الخلاف (أنه) أي أن مستحق القطع أو مباح الدم (بمنزلة الاستحقاق عنده) أي عند أبي حنيفة « رح » فإذا ظهر مستحق يرجع بكل الثمن فكذلك هنا (وبمنزلة العيب عندهما) أي عند أبي يوسف ومحمد « رح » فاذا ظهر عيب يرجع بنقصان العيب بأن يقوم عبداً قد يوجب عليه القطع وعبداً لم يجب عليه القطع ويرجع بازاء النقصان من الثمن .

(لهما) أي لأبي يوسف ومحمد «رح»(أن الموجود في يد البائع سبب القطع والقتل وأنه) أي وأن سبب القطع والقتل (لا ينافي المالية) بدليل صحة البيع ونفاد تصرفه فيه بالعتق وغيره ، ولو كان لحل الدم أثر في انعدام المالية لما صح البيع كذا في الأسرار (فنفذ العقد فيه لكنه متغيب فيرجع بنقصانه عند تعذر رده) أما التعذر في صورة القتل فظاهر ، وكذا في صورة قطع اليد فكان بمنزلة عيب حادث عند المشترى والعيب الحادث عنده يمنع الرد ولكنه يرجع بنقصان عيب السرقة لا بنقصان عيب القطع وبه صرح الزاهد العتابي ، لأن القطع وإن كان مضافاً إلى السرقة لأنه يستحق بها لم يكن فوات المالية في ضمنه مضافاً إليها لأن السرقة لا تفوت المالية والقطع يستحق من حيث أنه أدب لا من حيث أنه مال فلهذا أوجب الرجوع بنقصان عيب السرقة لا عيب القطع (وصار) هذا (كما إذا اشترى جارية حاملا) ولم يعلم بالحمل وقت الشراء القبض (فماتت في يده) أي في يد المشتري (بالولادة فانه يرجع بفضل ما بين قيمتها حاملا إلى غير حامل) ولا يرجع بكل الثمن

وله أن سبب الوجوب في يد البائع والوجوب يفضي إلى الوجود فيكون الوجود مضافاً إلى السبب السابق وصار كما إذا قتل المغصوب أو قطع بعد الرد بجناية وجدت في يد الغاصب وما ذكر من المسألة ممنوعة

(وله) أي ولأبي حنيفة « رح » (ان سبب الوجوب في يد البائع) أي سبب وجوب القطع أو القتل العمد وهو السرقة أو القتل حده في يد البائع (والوجوب) أي سبب الوجوب (يفضي إلى الوجود ، فيكون الوجود مضافاً إلى السبب السابق) فصار كالمستحق ، والمستحق لا يتناوله العقد فينتقض القبض من الأصل لعدم مصادفة محله (وصار) هذا (كما إذا قتل المغصوب) أي العبد المغصوب (أو قطع بعد الرد) إلى مولاه (بجناية) أي بسبب جناية (وجدت في يد الغاصب) صورته غصب رجل عبداً فقتل العبد عنده رجلاً عمداً فرده على المولى فاقتص منه في يده فان الغاصب يضمن قيمته كما لو قتل في يد الغاصب .

(وما ذكر من المسألة ممنوعة) أي مسائل الحمل وجه المنع أنها على قولهما وأما على قول أبي حنيفة فالمشتري يرجع على البائع بكل الثمن إذا ماتت من الولادة وقيل إنها على الإختلاف أيضاً ، وإن لم يذكر الخلاف في كتاب البيوع ولئن سلمنا فنقول الموجود في يد البائع الاعلاق وانه يوجب انفصال الولد ولا يفضي إلى الهلاك غالباً بل الغالب هو السلامة عند الولادة وهو نظير الزاني إذا جلد بخلاف ما إذا غصب جارية فحملت في يد الغاصب فردها فولدت في يدالمالك وماتت يرجع على الغاصب ، أما ها هنا الحبل لا يمنع صحة التسليم إلى المشتري كذا في جامع العتابي والمبسوط وفائدة الخلاف فيما إذا اطلع على سبب القتل والقطع ولم يقتل ولم يقطع هل يجوز رده أم لا فعند أبي حنيفة « رح » لا يجوز رده لأنه بالإستيفاء يكون بمنزلة الاستحقاق ، وعندهما يجوز وبه قال الشافعي رضي الله عنه لأنه بمنزلة العيب وكونه مستحقاً للقطع أو القتل عيب سواء استوفى أم لا ، وفي تتمتهم وفائدة الخلاف يظهر في أمر الكفن والدين فعلى طريقة المروزي على البائع وعلى طريقه ابن شريح على المشتري .

ولو سرق في يــــد البائع ثم في يد المشتري فقطـــع بهما ، عندهما يرجع بالنقصان كما ذكرنا وعنده لا يرده بدون رضاء البائع للعيب الحادث ويرجع بربع الثمن وإن قبله البائع فبثلاثة الأرباع لأن اليـد من الآدمي نصفه وقـــد تلفت بالجنايتين إحداهما الرجوع فينتصف ، ولو تداولته الأيدي

(ولو سرق) أي العبد المبيع (وفي يد البائع ثم في يــــد المشتري فقطع بهما) أي بالسرقتين (عندهما) أي عنـــد أبي يوسف ومحمد « رح » (يرجع) أي المشتري (بالنقصان) أي بنقصان السرقة الموجودة عند البائع (كما ذكرنا) يعني عند قوله وإن اشترى عبداً قد سرق ولم يعلم به إلى آخره .

(وعنده) أى وعند أبي حنيفة « رح » (لا يرده بدون رضاء البائع للعيب الحادث ويرجع بربع الثمن وإن قبله البائع فبثلاثة الأرباع) أى يرجع بثلاثــة أرباع الثمن (لأن اليد من الآدمى نصفه وقد تلفت بالجنايتين) وهما اللتان كانت احداهما في يد البائع والأخرى في يد المشترى (وفي إحداهما) وفي إحدى الجنايتين (الرجوع) أى رجوع المشترى على البائع بنصف الثمن (فينتصف) أى النصف فينقسم عليهما نصفين لكون القطع مضافاً إلى السرقتين فيسقط نصف النصف عن البـــائع وهو الربع ويضاف الربع الباقي إلى النصف فيصير ثلاثة أرباع فيرجع بها على البائع .

فان قيل إذا حدث عند المشترى عيب ثم اطلع على عيب كان عند البائع فقبله البائع وكذلك رجع المشترى عليه جميع الثمن لم يكن ها هنا ، كذلك أجيب بأن هـــذا على قول أبي حنيفة نظر إلى جريانه مجرى الإستحقاق وما ذكرتم لا يتصور فيه ، فان قلت أما تذكرون ما تقدم أن حكم العيب والإستحقاق يستويان قبل القبض وهـــذه في غير المكيل والموزون ، فما الذى أوجب الاختلاف هاهنا بينهما ، قلنا بلى ولكن ليس كلامنا الآن فيهما بل فيما يكون بمنزلة الاستحقاق والعيب وما ينزل منزلة الشيء لا يلزم أن يساويه في جميع الأحكام .

(وإن تداولته الأيدى) يعني بعد وجود السرقة من العبد في يد البائع تداولتـــه

ثم قطع يد الأخير رجع الباعة بعضهم على بعض عنده كما في الاستحقاق ، وعندهما يرجع الأخير على بائعه ولا يرجع بائعه على بائعه لأنه بمنزلة العيب وقوله في الكتاب ولم يعلم المشتري يفيد على مذهبهما لأن العلم بالعيب رضاء به ولا يفيد على قوله في الصحيح لأن العلم بالاستحقاق لا يمنع الرجوع .

الأيدى يعني أمع ؟ من يد إلى يد (ثم قطع في يد الأخير رجع الباعة) وهو جمع بائع كالحاكه جمع حائك (بعضهم على بعض) بالثمن (عنده كما في الاستحقاق) أى عند أبي حنيفة « رح » وبه قال بعض أصحاب الشافعي رضي الله عنه (وعندهما) أى وعند أبي يوسف ومحمد « رح » (يرجع الأخير على بائعه ولا يرجع بائعه على بائعه لأنه بمنزلة العيب) فلا يرجع فيه وهذا لأن المشترى الأخير لم يصر حابساً حيث لم يبعه ولا كذلك الآخرون فإن البيع يمنع الرجوع بنقصان العيب .

(وقوله في الكتاب) أي قول محمد « رح » في الجامع الصغير (ولم يعلم المشتري يفيد على مذهبهما لأن العلم بالعيب رضاء به ولا يفيد على قوله) أي على قول أبي حنيفة « رح » (في الصحيح ، لأن العلم بالإستحقاق لا يمنع الرجوع) وقيد بالصحيح احترازاً عما روي عن أبي حنيفة « رح » أنه لا يرجع لأن حل الدم من وجه كالاستحقاق ومن وجه كالعيب حتى لا يمنع صحة البيع فلشبهه بالاستحقاق قلنا عند الجهل به يرجع بجميع الثمن ولشبهه بالعيب قلنا لا يرجع عند العلم بشيء لأنه إنما جعل هذا كالإستحقاق لدفع الضرر عن المشتري وقد اندفع حين علم به واشتراه في شرح الطحاوي إذا كان المشتري عالماً وقت العقد وقبل القبض صار راضياً بالعيب فلا يرجع على بائعه بشيء في قولهم جميعاً .

وقال فخر الاسلام « رح » والصحيح أن العلم والجهل سواء لأنه من قبيل الاستحقاق والعلم بالاستحقاق لا يمنع الرجوع ، وقال الأكمل « رح » قيل فيه نظر قلت القائل بالنظر هو الاترازي « رح » حيث قال لانا نقول سلمنا أن العلم بالاستحقاق لا يمنع الرجوع لكن

قال ومن باع عبداً وشرط البراءة من كل عيب فليس له أن يرده بعيب ، وإن لم يسم العيوب بعددها ،

لا نسلم أن العلم بالعيب لا يمنع الرجوع وهذا عيب لأنه موجب لنقصان الثمن ، ولكنه أجري مجرى الاستحقاق عند أبي حنيفة رحمة الله عليه ونزل منزلته لا حقيقة لأن في حقيقة الاستحقاق سواء كان عالماً بذلك أو جاهلاً قبل القبض أو بعده يبطل البيع ويرجع بجميع الثمن في قولهم جميعاً وبه صرح في شرح الطحاوي وهنا لا يبطل البيع ولهذا لو أعتق المشتري قبل القتل أو القطع صح عند أبي حنيفة « رح » أيضاً إلا أنه لا يرجع عند أبي حنيفة « رح » بشيء إذا قتل أو قطع بعد الاعتاق بسبب كان عند البائع لأن القتل أو القطع لم يفوت المالية لعدم المالية حينئذ وعندهما يرجع بالعيب أعني نقصان عيب السرقة ونقصان كونه حلال الدم ، لأن الملك ينتهي ويتقرر بالاعتاق كالموت فلا يبطل الرجوع ، هذا آخر كلام الاترازى .

والأكمل « رح » لم يذكر كلام الاترازى « رح » بكماله فأخذ بعضه ثم قال قيل فيه نظر ثم قال والجواب أن كونها أصح أو صحيحاً ويجوز أن يكون من حيث صحة النقل وشهرته فلا يرد السؤال ويجوز أن يكون من حيث الدليل ، وقوله في النظر وهذا عيب ممنوع لأنهم صرحوا بأنه بمنزلة العيب أو أنه عيب من وجه وإذا كان كذلك فلا يلزم أن يكون حكمه حكم العيب من كل وجه وقد ترجح جانب الاستحقاق بالدلائل المتقدمة فأجري مجراه ، وهذا آخر كلام الأكمل « رح » . قلت جوابه لا يخلو عن خدش على ما لا يخفى وقوله في النظر وهذا عيب ممنوع غير مسلم لأن تعليله يدل على جواز القول بأنه عيب فليتأمل .

(قال) أي القدوري « رح » (ومن باع عبداً وشرط البراءة من كل عيب فليس له أن يرده بعيب وإن لم يسم العيوب بعددها) وفي بعض النسخ فليس له أن يرده وإن لم يعدها إلى العيوب .

قال الكاكي « رح » وهو الصحيح قوله ليس له أن يرده بعيب لصحة الشرط والبيع ، وقال زفر « رح » البيع صحيح والشرط فاسد إذا كان مجهولاً ، وفي المختلف البيع باطل

وقال الشافعي « رح » لا تصح البراءة بناء على مذهبه أن الابراء عن الحقوق المجهولة لا يصح هو ، يقول إن في الإبراء معنى التمليك حتى يرتـد بالرد

وعلى قوله فاسد إذا عد العيوب صحة البراءة أيضاً .

(وقال الشافعي رضي الله عنه لا تصح البراءة بناء على مذهبه أن الأبراء عن الحقوق المجهولة لا يصح) للشافعي رحمه الله فيه طريقان أشهرهما وبه قال ابن شريح وابن الوكيل والاصطخري « رح » أن فيه ثلاثة أقوال أحدها أنه يبرأ وبه قال علماؤنا لقولـه عليه السلام المسلمون عند شروطهم .

ويروى ذلك عن ابن عمر وزيد بن ثابت رضي الله عنهم وثانيها أنـه لا يبرأ عن عيب وبـه قال أحمد « رح » في رواية ، وعنـه يبرأ عما لا يعلمه دون ما يعلمه ، وثالثها وهو الأصح .

ويروى عن مالك « رح » أنه لا يبرأ في غير الحيوان ويبرأ في الحيوان عما لا يعلمـه دون ما يعلمه لما روي أن ابن عمر رضي الله عنهما باع عبداً من زيد بن ثابت رضي الله عنه بشرط البراءة فوجد زيد به عيباً فأراد رده فلم يقبله ابن عمر فترافعـا إلى عثمان رضي الله عنه ، فقال عثمان لابن عمر رضي الله عنهما تحلف أنك لم تعلم بهذا العيب فقـال لا فرده عليه ، فرق عثمان وزيد بين كون العلم معلوماً وغير معلوم والطريق الثاني وبـه قال ابن خيران وأبو إسحاق رضي الله عنه القطع بالقول الثالث ونصه في المختصر كذا في شـرح الوجيز .

وفي الحلية لو قلنا الشرط باطل فهل يبطل البيـع فيه وجهان أظهرهما أنه يبطل(هو) أي الشافعي رضي الله عنه (يقول إن في الإبراء معنى التمليك حتى يرتـد بالرد) حتى أن رب الدين لو أبرأ المديون من دينه فرد المديون إبراءه لم يصح الإبراء وكذا لا يصلـح تعليق الإبراء بالحظر بأن قال أبرأتك عن العيب أو الدين إن فعلت كذا لمـا فيه من معنى التمليك .

وتمليك المجهول لا يصح ، ولنا أن الجهالة في الاسقاط لا تفضي إلى المنازعة وإن كان في ضمنه التمليك لعدم الحاجة إلى التسليم فلا تكون مفسدة

(وتمليك المجهول لا يصح) كبيع شاة من قطيع غنم (ولنا أن الجهالة في الإسقاط لاتفضي إلى المنازعة) والإبراء اسقاط لا تمليك حتى يتم بلا قبول لأنه لا يصح تمليك العين بهذه اللفظة ويصح الإبراء بأسقطت عنك ديني والجهالة فيه لا تفضي إلى المنازعة ، لأن الجهالة إنما أبطلت التمليكات لفوات التسليم الواجب بالعقد وهو لا يتصور في الاسقاط فلايكون يبطله له ، ولهذا جاز طلاق نسائه وإعتاق عبيده وهو لا يدري عددهم .

(وإن كان في ضمنه التمليك) هذا جواب عن قوله يرتد بالرد وتقريره أن ذلك لما فيه من معنى التمليك ضمنا وهو لا يؤثر في فساد ما قلناه لأنا بينا أن محض التمليك لا يبطل بجهالة (لعدم الحاجة إلى التسليم) لأن السقط الساقط مثلاً (فلا تكون مفسدة) كما إذا باع قفيزاً من صبرة .

فإن قلت في الجامع الصغير في كتاب الهبة إذا قال من له على آخر ألف درهم إذا جاء غداً فأنت منها بريء فهو باطل فلا يصح تمليك المجهول . قلت إنما لم يصح التعليق فيه لأنه إنما يصح في الإسقاط المحض لا في إسقاطه فيه معنى التمليك .

فإن قلت إذا قال أبرأتك يصح وإذا قال أبرأت أحدكما لا يصح فظهر الفرق بين المعلوم والمجهول قلت أبرأت أحدكما يصح أيضاً عند بعض أصحابنا « رح » ويجبر على التعيين . كذا في الاسرار ، ولئن سلمنا أنه لا يصح انما لم يصح لأن من له الحق مجهول لا لأن الحق مجهول ، ألا ترى إلى من قال لفلان علي شيء يصح ، ولو قال لفلان علي ألف درهم لا يصح ولا يلزم على هذا ما إذا قال لامرأتيه إحداكن طالق ، لأن الطلاق بعد وقوعه يكون حقاً لله تعالى وهو معلوم والدليل على أن الحق لله تعالى أنهما لو تراضيا على إسقاطه لا يصح .

ويدخل في هذه البراءة العيب الموجود والحادث قبل القبض في قول أبي يوسف « رح » ، وقال محمد « رح » لا يدخل فيه الحادث وهو قول زفر « رح » لأن البراءة تتناول الثابت ، ولأبي يوسف « رح » أن الغرض إلزام العقد بإسقاط حقه عن صفة السلامة وذلك بالبراءة عن الموجود والحادث .

(ويدخل في هذه البراءة) إنما قال في هذه البراءة احترازاً عن البراءة التي شرطها البائع في قوله بعته على أني بريء من كل عيب به فإنه لا يبرأ عن الحادث بالإجماع كذا في الإيضاح وغيره (العيب الموجود) فيه وقت العقد (والحادث) أي ويدخل العيب الحادث فيه (قبل القبض في قول أبي يوسف « رح ») أي في ظاهر الرواية عنه وهو قول أبي حنيفة أيضاً .

(وقال محمد « رح » لا يدخل فيه الحادث وهو قول زفر « رح »)والحسن والشافعي ومالك وأبي يوسف « رح » وفي رواية (لأن البراءة تتناول الثابت)فتنصرف إلى الموجود عند العقد (ولأبي يوسف « رح » أن الغرض إلزام العقد) أى أن المقصود من البراءة إلزام العقد (بإسقاط حقه) أى حق المشتري (عن صفة السلامة) أى سلامة البيع (وذلك) أى التزام العقد يكون (بالبراءة عن الموجود والحادث) جميعاً .

وذكر الكرخي « رح » في مختصره فان قال البائع أبيعك على أني بريء من كل عيب به لم يدخل في البراءة العيب الحادث في جميع الروايات عن أبي يوسف ومحمد «رح» ووجهه أنه لما قال به خص الموجود بالبراءة ولم يتجاوز غيره ، وروي عن أبي يوسف « رح » أنه لو شرط في العقد البراءة من العيوب التي تحدث فسد البيع .

وفي الخلاصة ولو تبرأ البائع من كل عيب يدخل فيه العيوب والادواء ، فإن تبرأ من كل داء فهو على المرض ولا يدخل فيه الكمى ولا الإصبع الزائدة ولا أثر قرح قد برأ ، وعن أبي حنيفة « رح » الداء هو المرض الذي في الجوف من طحال أو كبد أو نحو ذلك .

وفي الخلاصة أيضاً رجل باع عبداً أو جارية وقال أنا بريء من كل داء ولم يقــــل من كل عيب فإنه لا يبرأ عن العيوب لأن الداء يدخل في العيوب ، امـــا العيب لا يدخل في الداء ، ولو قال المشتري الجارية برئت إليك من كل عيب بعينها ، فـــإذا هي عوراء لا تبرأ ، وكذا لو قال برئت إليك من كل عيب بيدها وهي مقطوعة اليد لأن البراءة عن عيب اليد والعين يكون حال قيام اليد والعين لا حال عدمها .

وفي شرح الطحاوي ولو اختلفا في العيب في انه موجود وقت العقد أم لا فقـــال المشتري هو حادث فلم يدخل في البراءة ، وقال البائع كان موجوداً يدخل في البراءة ، فعلى قول أبي يوسف « رح » لا فائدة في الاختلاف لأنه لا يبرأ عنهما جيمعاً عنده وإنما هو على قول محمد « رح » فعلى قوله القول قول البائع مع يمينه أنه حادث وعند زفر « رح » القول للمشتري .



باب البيع الفاسد

وإذا كان أحد العوضين أو كلاهما محرماً فالبيع فاسد كالبيع بالميتة والدم والخمر والخنزير ، وكذا إذا كان غير مملوك كالحر ،

(باب البيع الفاسد)

أي هذا باب في بيان أحكام الفاسد ولقب الباب بالفاسد ، وإن كان مشتملا عليه وعلى الباطل لكثرة وقوعه بتعدد أسبابه والباطل هو ما لا يكون صحيحاً أصلا ووصفاً والفاسد هو ما لا يصح وصفا وكل ما أورث خللا في ركن البيع فهو مبطل ، وما أورثه في غيره كالتسليم والتسليم الواجبين به والانتفاع المقصود منه والاطلاق عن شرط لا يقتضيه وغير ذلك فهو مفسد .

وحاصل الكلام الباطل ما لا يكون مشروعا بأصله ووصفه لانتفاء ركنه ومحله يقال بطل اللحم إذا برد وسوس بحيث لا ينتفع به ، والفاسد ما يكون مشروعا بأصله دون وصفه ويثبت به الملك إذا اتصل به القبض ، يقال فسد اللحم إذا صار ذاتين بحيث يمكن الانتفاع به ، والمكروه ما كان مشروعاً بأصله ووصفه ولكن جاوزه شيء آخر منهي عنه على هذا تفصل المسائل المذكورة في الكتاب .

(وإذا كان أحد العوضين) المبيع والثمن (أو كلاهما) أي أو كان كلاهما (محرماً فالبيع فاسد كالبيع بالميتة) والميتة في اللغة هو الذي مات حتف أنفه ، وإنما قيدنا باللغة لنخرج المخنوقة وأمثالها ، فإن ذلك عند من ليس لـــه دين سماوي بمنزلة الذبيحة عندنا ، ولهذا إذا باعوا ذلك فيما بينهم جاز ، ذكره المصنف « رح » في التجنيس ، وإن كان ميتة عندنا بخلاف الميتة حتف أنفه ، فإن بيعه فيما بينهم لا يجوز ، ولأنها ليست بمـال عندهم ، فعلى هذا يكون قوله فالبيع فاسد بلام الاستغراق على عمومه في بياعات المسلمين وغيرهم .

(والدم والخنزير والخمر ، وكذا إذا كان غير مملوك كالحر) هذا كله لفظ القدوري

قال العبد الضعيف «رح» هذه فصول جمعها وفيها تفصيل نبينه إن شاء الله تعالى ، فنقول البيع بالميتة والدم باطل وكذا بالحر لانعدام ركن البيع وهو مبادلة المال بالمال ، فإن هذه الأشياء لا تعد مالاً عند أحد، والبيع بالخمر والخنزير فاسد لوجود حقيقة البيع وهو مبادلة المال بالمال فإنه مال عند البعض

« رح » في مختصره ، ولهذا (قال العبد الضعيف) أي المصنف « رح » (هذه فصول جمعها) أي القدوري « رح » (وفيها تفصيل نبينه إن شاء الله تعالى فنقول البيع بالميتة والدم باطل ، وكذا بالحر) أي وكذا البيع بالحر (لانعدام ركن البيع وهو) أي ركن البيع (مبادلة المال بالمال ، فإن هذه الأشياء) أي الميتة والدم والخنزير والخمر والحر (لا تعد مالاً عند أحد) فمن له دين سماوي لأن الذي ليس له دين سماوي كالجماد فلا يعتبر .

(والبيع بالخمر والخنزير فاسد لوجود حقيقة البيع وهو مبادلة المال بالمال فإنه مال عند البعض) وهما من أعز الأموال عند أهل الذمة ، وفي المبسوط البيع بالخمر عندنا يوجب الملك بالقبض ، فإن محل العقد المالية في البدلين وبتخمير العصير لا تنعدم المالية وإنما ينعدم التقوم شرعاً ، فإن المالية تكون منتفعاً بها وقد أثبت الله تعالى ذلك في الخمر بقوله ﴿ ومنافع للناس ﴾ آية ٢١٩ البقرة ويفيد الملك البيع بها إذا اتصل القبض بإذن البائع صريحاً أو دلالة بأن يقبضه المشتري عقيب البيع، ولأنها البائع والفرق بين الفصلين، أعني كون البيع بالدم والميتة باطلا وبالخمر والخنزير فاسداً إن الباطل لا يفيد الملك وإن اتصل به القبض والفاسد يفيد كما ذكرنا الآن .

وفائدة هذا أنه لو كان المشتري عبداً فأعتقه المشتري بعد القبض لا ينفذ في الأول وينفذ في الثاني ، ولو جاء مستحق فاستحق على المشتري لا خصومة بين المستحق وبين المشتري في الأول ، وفي الثاني يكون المشتري خصماً حتى يستمع البينة عليه ، لأنه ملكه .

والباطل لا يفيد ملك التصرف ، ولو هلك المبيع في يد المشتري فيه يكون أمانة عند بعض المشايخ « رح » ، لأن العقد غير معتبر فبقي القبض بإذن المالك ، وعند البعض يكون مضموناً لأنه لا يكون أدنى حالاً من المقبوض على سوم الشراء ، وقيل الأول قول أبي حنيفة « رح » ، والثاني قولهما كما في بيع أم الولد والمدبر

ثم إذا لم يعد الملك في الوجه الأول هل يصير المقبوض مضموناً عليه بالقبض أم لا ، اختلف المشايخ « رح » فيه ، أشار إلى بيانه المصنف « رح » بقوله (والباطل لا يفيد ملك التصرف ولو هلك المبيع في يد المشتري فيه) أي في البيع الباطل (يكون أمانة عند بعض المشايخ «رح») أراد به الشيخ أبا نصر أحمد بن علي الطواديسي وهو استاذ شيخ الإسلام أبي بكر المعروف بخواهر زاده « رح » فإنه قال هو أمانة وليس بمضمون وهو رواية الحسن « رح » عن أبي حنيفة « رح » وإليه ذهب الشيخ أبو سهيل [1] الشرعي (لأن العقد غير معتبر) لكونه باطلا (فبقي القبض باذن المالك) فتكون أمانة ، وكذا البيع بالبول باطل وكذا بيع المحرم للصيد ، لأن صيد البر حرام على المحرم كالميتة ، فيكون بيعه باطلا .

(وعند البعض) أراد به شمس الأئمة السرخسي « رح » وروى ابن سماعة عن محمد « رح » أنه يكون مضموناً كما قال به البعض (يكون مضموناً لأنه لا يكون أدنى حالاً من المقبوض على سوم الشراء) فذاك مضمون فكذا هذا والمضمون بالقيمة أو بالمثل وبه قال الشافعي ومالك وأحمد « رح » وصورة المقبوض على سوم الشراء هو أن يسمي الثمن فيقول اذهب بهذا فان رضيت اشتريته بعشرة ، أما إذا لم يسم الثمن فذهب به فهلك عنده لا يضمن نص عليه الفقيه أبو الليث « رح » في العيون .

(وقيل) قائله محمد بن سلمة البلخي « رح » (الأول قول أبي حنيفة « رح » والثاني قولهما) أي قول أبي يوسف ومحمد « رح » (كما في بيع أم الولد والمدبر) يعني إذا هلك

---

(١) أبو الحسن — هامش .

على ما نبينه إن شاء الله تعالى ، والفاسد يفيد الملك عند اتصال القبض به ، ويكون المبيع مضموناً في يد المشتري فيه ، وفيه خلاف الشافعي « رح » وسنبينه بعد هذا إن شاء الله ، وكذا بيع الميتة والدم والخمر باطل لأنها ليست أموالاً فلا تكون محلاً للبيع ، وأما بيع الخمر والخنزير إن كان قوبل بالدين كالدراهم والدنانير فالبيع

عند المشتري فهو على هذا الخلاف (على ما نبينه إن شاء الله تعالى) يعني في بابه .
(والفاسد يفيد الملك عند اتصال القبض به) أي بالبيع الفاسد يعني إذا كان القبض باذن المالك باتفاق الروايات بملكه (ويكون المبيع مضموناً في يد المشتري فيه) أي في البيع الفاسد والضمان بالقيمة أو بالمثل .

قال مشايخ العراق إن المشتري شراء فاسداً يملك التصرف فيه باعتبار تسليط البائع على ذلك لا باعتبار تملك العين ، بدليل عدم جواز وطىء الجارية مشتراة شراء فاسداً ، وكذا لا يحل أكل طعام اشتراه شراء فاسداً وذهب مشايخ بلخ « رح » إلى أن جواز التصرف بناء على ملك العين ، واستدلوا بما إذا اشترى داراً بشراء فاسد وقبضها فبيع بجنبها دار للمشتري له أن يأخذها بالشفعة لنفسه ، وكذا لو رد المشتري الجارية المشتراة شراء فاسداً يجب على البائع استبراؤها ولو أعتق المشترى العبد المشترى شراء فاسداً من الأب أو الوصي جاز عتقه ، ولو كان عتقه على وجه التسليط لما جاز ، لأن عتقهما أو تسليطهما على العتق لا يجوز ، فعلم بهذه الأحكام أنه يملك العين (وفيه) أي وفي كون البيع مضموناً في يد المشتري في البيع الفاسد (خلاف الشافعي رضي الله عنه) فعنده ليس بمضمون ، وبه قال مالك وأحمد « رح » (وسنبينه إن شاء الله تعالى بعد هذا) أي في أول الفصل الذي يلي هذا الباب ، وفي بعض النسخ وسنبينه بعد إن شاء الله تعالى .

(وكذا بيع الميتة والدم والخمر باطل لأنها ليست أموالاً فلا تكون محلا للبيع، وأما بيع الخمر والخنزير إن كان قوبل بالدين) أي بما يجب في الذمة (كالدرام والدنانير

باطل ، وإن كان قوبل بعين فالبيع فاسد حتى يملك ما يقابله ، وإن كان لا يملك عين الخمر والخنزير ووجه الفرق أن الخمر مال وكذا الخنزير عند أهل الذمة ، إلا أنه غير متقوم لما أن الشرع أمر بإهانته وترك إعزازه وفي تملكه بالعقد مقصوداً إعزازاً له ، وهذا لأنه متى اشتراهما بالدراهم فالدراهم غير مقصودة لكونها وسيلة ، لما أنها تجب في الذمة ، وإنما المقصود الخمر فسقط التقوم أصلاً بخلاف ما إذا اشترى الثوب بالخمر لأن مشتري الثوب إنما يقصد تملك الثوب بالخمر وفيه إعزاز الثوب دون الخمر ، فبقي ذكر الخمر معتبراً في تملك الثوب لا في حق نفس الخمر حتى فسدت التسمية ووجبت قيمة الثوب دون الخمر ، وكذا إذا باع الخمر بالثوب لأنه يعتبر شراء

فالبيع باطل ، وإن كان قوبل بعين) مثل ثوب مثلاً (فالبيع فاسد حتى يملك ما يقابله) وهو الثوب (وإن كان لا يملك عين الخمر والخنزير) كلمة إن واصلة بما قبلها .

(ووجه الفرق) بين الصورتين (أن الخمر مال وكذا الخنزير مال عند أهل الذمة إلا أنه) أي أن كل واحد منهما (غير متقوم لما أن الشرع أمر بإهانته وترك إعزازه، وفي تملكه بالعقد مقصوداً إعزازاً له) أى في جعله مبيعاً إعزازاً له وهو خلاف المأمور به ، وأوضح ذلك بقوله (وهذا لأنه متى اشتراهما بالدراهم فالدراهم غير مقصودة لكونها وسيلة) إلى تحصيل الخمر أو الخنزير (لما أنها) أي أن الدراهم (تجب في الذمة ، وإنما المقصود الخمر فسقط التقوم أصلاً) لئلا يفضي إلى خلاف المأمور به .

(بخلاف ما إذا اشترى الثوب بالخمر ، لأن مشتري الثوب إنما يقصد تملك الثوب بالخمر ، وفيه إعزاز الثوب دون الخمر، فبقي ذكر الخمر معتبراً في تملك الثوب لا في حق نفس الخمر حتى فسدت التسمية ووجبت قيمة الثوب دون الخمر ، وكذا إذا باع الخمر بالثوب لانه يعتبر شراء الثوب بالخمر لكونه مقايضة) أى لكون البيع مقايضة وهو

الثوب بالخمر لكونه مقايضة . قال وبيع أم الولد والمدبر والمكاتب فاسد ومعناه باطل ، لأن استحقاق العتق قد ثبت لأم الولد لقوله عليه السلام أعتقها ولدها ولسبب الحرية قد انعقد في حق المدبر في الحال لبطلان الأهليـة بعد الموت ،

بيع العرض بالعرض ، والعرض هو المتاع القيمي كائناً ما كان وفي المجمل بفيض المثل .

ويجوز أن يقال على هذا إنما سمي هذا النوع من البيع مقايضة لأن العرض بمثل العرض في العينة ، ويقال هما قبضان أى متساويان فان قلت في هذا تعبير للعقد لأن العاقد قد جعل الخمر مبيعاً بدلالة الباقي الثوب ، وفي هذا يصير ثمناً فيكون تعبيراً ، قلت التعبير أهون من البطلان فلو لم يجعل كذلك يبطل مع إن المقايضة تصلح أن يكون كل واحد ثمناً ومثمناً فلا يلزم التعبير .

(قال) أي القدوري « رح » (وبيع أم الولد والمدبر والمكاتب فاسد ومعناه باطل، لأن استحقاق العتق قد ثبت لام الولد لقوله عليه السلام) أى لقول النبي صلى الله عليه وسلم (أعتقها ولدها) هذا رواه ابن عباس رضي الله عنهما ، قال ذكرت أم ابراهيم عند رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فقال أعتقها ولدها رواه ابن ماجة والدارقطني ، وابراهيم ابن النبي عليه السلام من مارية القبطية ، وهذا حجة على بشر وداود « رح » في تجويزهما بيعهما ولفظ الحديث يوجب الإعتـاق الحقيقي ، لكن حمل على حق العتق .

وفي شرح الجمع والمجاز ، مراد في هذا اللفظ بالإجماع (ولسبب الحرية قد انعقد في حق المدبر في الحال لبطلان الاهلية بعد الموت) أعتبر التدبير سبباً في الحال على خلاف سائر التعليقات ، فان فيها الشرط مانعاً لانعقاده سبباً في الحال ، لان بعد الموت حال لبطلان الاهلية ، فمتى قلنا أنه ينعقد سبباً بعد الموت ، إحتجنا إلى بقاء الاهلية والموت ينافي الاهلية ، فدعت الضرورة إلى القول بانعقاده سبباً في الحال ، فتأخر الحكم إلى ما بعد الموت ، فصار طريقه طريق الوصية ، فان الوصية تنعقد سبباً في الحال للخلافة بعد الموت ، وإذا ثبت القول بانعقاده سبباً في البيع ، إمتنع البيع كذا في الإيضاح

والمكاتب استحق يداً على نفسه لازمة في حق المولى . ولو ثبت الملك بالبيع ،لبطل ذلك كله ، فلا يجوز ، ولو رضي المكاتب بالبيع ففيه روايتان والأظهر الجواز والمراد المدبر المطلق دون المقيد ،

(والمكاتب استحق يداً على نفسه لازمة في حق المولى) بدليل أن المولى لا يملك فسخ الكتابة بدون رضاء المكاتب،إنما قال لأزمة في حق المولى لأنه غير لازمة في حق المكاتب بقدرته على فسخ الكتابة .

(ولو ثبت الملك بالبيع) أى بيع المكاتب (لبطل ذلك كله) أي لبطل إستحقاق اليد اللازمة (فلا يجوز) وقال الاترازي « رح » قوله لبطل ذلك كله ، أى لو صح بيع هؤلاء لبطل ما قلنا من المعاني وهي استحقاق أم الولد العتق ، وانعقاد سبب الحرية للمدبر في الحال واستحقاق المكاتب يداً على نفسه لازمة في حق المولى فلم يجز بيعهم ، لئلا تبطل هذه المعاني إنتهى كلامه ، ولهذا لو حلف لا يبيع فباع هؤلاء لا يحنث ذكره في جامع المحبوبي (ولو رضي المكاتب بالبيع) أى ببيع نفسه (ففيه) أى في جوازه (روايتان والأظهر الجواز) لأن عدمه كان لحقه فلما أسقط حقه برضاه ، إنفسخت الكتابة وجاز البيع .

وروي في النوادر أنه لا يجوز ، وللشافعي في بيع المكاتب قولان أصحها أنه لا يجوز به ، قال مالك وأحمد رضي الله عنهما ، وقال في القديم يجوز (والمراد المدبر) أى المدبر الذى لا يجوز بيعه هو (المطلق) وهو الذي علق عتقه بالموت من غير تعرض نصفة ، كقوله أنت حر بعد موتي أو إن مت فأنت حر (دون المقيد) أى دون المدبر المقيد مثل قوله إذا قدمت من سفري هذا فأنت حر وإن مت من مرضي هذا فأنت حر ويباع المدبر المقيد بالإجماع.

وروى الكرخي « رح » عن زيد بن ثابت « رح » . وابن عمر وشريح وسعيد بن المسيب والشعبي وابراهيم وعطاء وابن سيرين « رح » أنهم قالوا لا يباع المدبر إلا من نفسه وهو قول أصحابنا وسفيان الثورى ومالك « رح » .

وفي المطلق خلاف الشافعي « رح » وقد ذكرناه في العتاق، قال وإن ماتت أم الولد والمدبر في يد المشتري ، فلا ضمان عليه عند أبي حنيفة « رح » وقالا عليه قيمتهما ، وهو رواية عنه لما أنه مقبوض بجهة البيع فيكون مضموناً عليه كسائر الأموال ، وهذا

(وفي المطلق) أي في المدبر المطلق (خلاف الشافعي « رح » وقد ذكرناه في العتاق) وعند الشافعي « رح » وأحمد وإسحاق « رح » يجوز بيع المدبر ، لما روي أن رسول الله ﷺ باع المدبر ، وجوابه ما رواه محمد بن الحسن « رح » في الأصل عن أبي جعفر « رح » أن رسول الله ﷺ إنما باع خدمة المدبر ولم يبع رقبته أو بقوله المراد منه المدبر المقيد.

(قال وإن ماتت أم الولد والمدبر في يد المشتري فلا ضمان عليه عند أبي حنيفة « رح ») صورة المسألة في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة « رح » فيمن باع أم ولده أو مدبره له فماتت في يد المشتري قال لا ضمان عليه .

(وقالا) أي أبي يوسف ومحمد « رح » (عليه) أي على المشتري (قيمتها وهو رواية عنه) أي قولهما رواية عن أبي حنيفة « رح » وهذا هو المعلوم من ظاهر كلام المصنف وقال الأكمل « رح » هذا ليس على ظاهره بل الروايتان عنه في حق المدبر ، روى المعلى عن أبي حنيفة « رح » أنه يضمن قيمة المدبر بالبيع كما يضمن بالغصب وأما في حق أم الولد فانتقلت الروايات عن أبي حنيفة « رح » أنه لا يضمن بالبيع والغصب لأنه لا يقوم لماليتها قلت هذا من كلام السفناقي « رح » نقله الأكمل وقال الأترازي«رح» قال بعضهم في شرحه فالروايتان عن أبي حنيفة « رح » في حق المدبر إلى آخر ما ذكره الأكمل وأراد الأترازى بقوله قال بعضهم السفناقي « رح » .

(لهما) أي لأبي يوسف ومحمد « رح » (أنه) أي أن كل واحد من المدبر وأم الولد (مقبوض بجهة البيع) لأنهما يدخلان تحت العقد وما هو كذلك (فيكون مضموناً عليه) بالقيمة (كسائر الأموال) المقبوضة على سوم الشراء (وهذا) إشارة إلى كونهما

لأن المدبر وأم الولد يدخلان تحت البيع حتى يملك ما يضم إليهما في البيـع بخلاف المكاتب لأنه في يد نفسهفلا يتحقق في حقه القبض، وهذا الضمان بالقبض فله أن جهة البيع إنما تلحق بحقيقته في محل يقبل الحقيقة و هما لا يقبلان حقيقة البيع ، فصارا كالمكاتب وليس دخولهما في البيع في حق أنفسهما . وإنمـــا ذلك ليثبت حكم البيع فيما ضم إليهما ، فصار كمال المشتري لا يدخل في حكم عقده بانفراده ، وإنما يثبت حكم الدخول فيما ضمه إليه

مقبوضين بجهة البيع (لأن المدبر وأم الولد يدخلان تحت البيـع) وأوضح ذلك بقولـه (حتى يملك ما يضم إليهما في البيـع) بأن جمع بين قن وبين أحدهما وسمى الثمن صـح البيع في القن بحصته من الثمن (بخلاف المكاتب) جواب عما يقال لو كان الدخول تحت البيـع وتملك ما يضم إليه موجبان للضمان لكان في المكاتب كذلك وتقرير الجواب أن المكاتب يخالفه (لأنه في يد نفسه فلا يتحقق في حق القبض وهذا الضمان بالقبض) أى بالقبض وبحقيقته أن المدار هو القبض لا الدخول في العقد وتملك المضموم .

(وله) أى لأبي حنيفة (أن جهة البيع إنما تلحق بحقيقته) أى بحقيقة البيـع (في محل يقبل الحقيقة) أى حقيقة حكم البيـع وهو الملك (وهما) أى أم الولد والمدبر (لا يقبلان حقيقة البيـع فصارا كالمكاتب) في كونه غير قابل للحقيقة أى لحقيقة البيـع وهو الملك (وليس دخولهما في البيـع) هذا جواب عن قولهما يدخلان تحت البيـع وتقريرهأنه ليس دخول أم الولد والمدبر في البيع (في حق أنفسهما) لذاتهما بل ليفيد حكم البيـع في المضموم إليهما وهو معنى قوله .

(وإنما ذلك) أي دخولهما في البيـع (ليثبت حكم البيـع فـيما ضم إليهما ، فصار كمال المشتري لا يدخل في حكم عقده بانفراده) يعني لو اشترى مال نفسه لا يجوز (وإنما يثبت حكم الدخول فيما ضمه إليه) أي فيما ضمه المشتري إلى عقده بأن باع عبـده مع عبـد البائع

كذا هذا ، قال ولا يجوز بيع السمك قبل أن يصطاد لأنه باع ما لا يملكه ولا في حظيرة إذا كان لا يؤخذ إلا بصيد لأنه غير مقدور التسليم ومعناه إذا أخذه ثم ألقاه فيها ولو كان يؤخذ من غير حيلة جاز

فاشتراهما المشتري دخل في البيع ليفيد الحكم في مال البائع حتى انقسم الثمن عليهما فصح البيع في مال البائع بحصته من الثمن .

(كذا هذا) أي كذلك الحكم فيما نحن فيه يعني يثبت حكم الدخول في البيع في حق المضمون إليه وهو القن لا في حكم أم الولد والمدبر ، ثم اعلم أن قيمة المدبر ماذا فيه اختلاف المشايخ . قال في الفتاوى الصغرى قال بعضهم تمام قيمة القن وهذا غير سديدفإنه ذكر في المسألة يضمن ما نقصه التدبير ، وذكر الإمام علي السعدي في فوائده قيمته ثلثا قيمةالقن وذكر خواهر زادة « رح » قال بعضهم نصف قيمة القن وهكذا في فتاوى أبي الليث « رح » ، وبه يفتى ، وبعضهم قالوا قيمة الخدمة ينظر بكم يستخدم هو مدة عمره من حيث الحرز والقن ، وما قال خواهر زادة هو الأصح ، وعليه الفتوى إلى ها هنا كلام الفتاوى الصغرى .

(قال) أي القدوري ، رح » (ولا يجوز بيع السمك قبل أن يصطاد لأنه باع مالا يملكه) ولا خلاف فيه بين الأئمة الأربعة « رح » (ولا في حظيرة) أي ولا يجوز بيعه أيضاً في حظيرة كالحوض والبركة (إذا كان لا يؤخذ إلا بصيد لأنه غير مقدور التسليم) وفي الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة « رح » فيمن باع سمكة في حظيرة ولا يسقطن إن يخبر من منها ، غير أنهن لا يؤخذون بغير صيد فالبيع فاسد ، وإن كن يؤخذون بغير صيد فالبيع جائز ، والمشترى بالخيار إذا راهن .

قال فخر الإسلام معنى المسألة إذا كان البائع أخذها ثم ألقاها في حظيرة ماء فكانت ملكاً له يعني معنى قول محمد « رح » بجواز بيع السمك إذا كانت تؤخذ من غير صيد صح البيع لأنه باع ما يملكه وإليه أشار المصنف « رح » بقوله (ومعناه إذا أخذه) أى السمك (ثم ألقاه فيها) أى في الحظيرة .

(ولو كان يؤخذ من غير حيلة جاز) وقال الفقيه أبو الليث « رح » في شرح الجامع

إلا إذا اجتمعت فيها بأنفسها ولم يسد عليها المدخل لعدم الملك، قال ولا بيع الطير في الهواء لانه غير مملوك قبل الأخذ وكذا لو أرسله في يده

الصغير ذكر محمد بن الحسن « رح » في المسائل الرقبانيات لو أن رجلا اتخذ حظيرة في أرضه فدخل واجتمع فيه السمك فقد ملك **السمك** وليس لأحد أن يأخذه ، ولو اتخذ لحاجة أخرى ، فمن اتخذ السمك فهو له .

قال و كذلك الرجل حفر في أرضه حفيرة فوقع صيد فتكسر فإن اتخذ ذلك الموضع للصيد فهو له ، وقد ملكه ذلك للصيد إلا فهو لمن أخذه (إلا إذا اجتمعت) استثناء من قوله جاز يعني لا يجوز بيع السمك إذا اجتمعت (فيها) أى في الحظيرة (بأنفسها) من غير اصطياد لها ، فإذا اجمعت فيها باحتيال يجوز بيعها إذا كانت تؤخذ بغير صيد (ولم يسد عليها المدخل) أى موضع دخول الماء ، وقيد به لأنه لو سد موضع الدخول حتى صار بحيث لا يقدر على الخروج فقد صار أخذا له بمنزلة ما لو وقع في شبكة فيجوز بيعه ، وإن لم يفعل ذلك لم يجز بيعه (لعدم الملك) وصحة البيع بناء على صحة الملك .

وقال الأكمل هذا الاستثناء منقطع لكونه مستثنى من المأخوذ الملقى في الحظيرة ، والمجتمع فيه بنفسه ليس بداخل فيه ، وفيه إشارة إلى أنه لو سد صاحب الحظيرة عليها ملكها اما بمجرد الاجتماع في ملكه فلا ، كما لو باض الطير في أرض إنسان أو خرجت ، فإنه لا يملك لعدم الإحراز ، ولا يشكل بما إذا عسل النحل في أرضه فانه يملك بمجرد اتصاله بملكه من غير أن يحترزه أو يهيء له موضعاً ، لأن العسل إذ ذاك قائم بأرضه على وجه القرار فصار كالشجرة الثابت فيها بخلاف بيض الطير ، وفرخها والسمك المجتمع بنفسها فانها ليست على وجه القرار .

وفي الحلية وحكي عن عمر بن عبد العزيز وابن أبي ليلى « رح » جاز بيع السمك في بركة عظيمة وان احتيج إلى موته كثيرة ، وحكى أبو العباس هذا قول الشافعي رضي الله عنه .

(قال) أى القدورى (ولا بيع الطير في الهواء) وفي بعض النسخ ولا يجوز بيع الطير في الهواء (لأنه غير مملوك قبل الأخذ وكذا لو أرسله من يده) أى ولو كان الطير

لانه غير مقدور التسليم . ولا بيع الحمل ولا النتاج لنهى رسول الله ﷺ عن بيع الحبل وحبل الحبلة

لأحد وأرسله من يده أو انتقلت منه فلا يجوز أيضاً وعلل الصورة بقوله (لأنه غير مقدور التسليم) والحاصل أن بيع الطير على ثلاثة أوجه ، الأول بيعه في الهواء قبل أن يصطاده ، والثاني بيعه بعد أخذه وأرسله من يده ، والثالث بيع طير يذهب ويجيء كالحمام فالكل لا يجوز .

وذكر في فتاوى قاضي خان وإن باع طيراً لدى الهواء إن كان ذا جناح يعود إلى بيته ويقدر على أخذه من غير تكلف جاز بيعه ، وإلا فلا وقال الاترازى « رح » وكان صاحب الهداية اختار هذا حيث قال قريباً من ورقة ، والحمام إذا علم عددها وأمكن تسليمه لما جاز بيعها لأنه مقدور التسليم .

(ولا بيع الحمل) أى الجنين (ولا النتاج) أى ولا بيع النتاج وهو حبل الحبلى (لنهى رسول الله ﷺ عن بيع الحبل وحبل الحبلة) هذا غريب بهذه اللفظة وفيه أحاديث ، روى عبد الرزاق « رح » في مصنفه ، أخبرنا محمود ابن عيينة « رح » عن أيوب عن سعيد بن جبير « رح » عن ابن عمر رضي الله عنهما عن النبي ﷺ ، أنه نهى عن المضامين والملاقيح وحبل الحبلة ، قال والمضامين ما في أصلاب الابل ، والملاقيح ما في بطونها وحبل الحبلة وله ولد هذه الناقة .

وروى الطبراني في معجمه من حديث ابن عباس رضي الله عنهما ، أن النبي ﷺ نهى عن بيع المضامين والملاقيح وحبل الحبلة ، ورواه البزار « رح » مرفوعاً نحوه عن أبي هريرة « رح » وأخرجت الستة من حديث نافع عن ابن عمر « رح » ، أن النبي ﷺ نهى عن بيع حبل الحبلة والحبل بفتح الباء الموحدة يطلق ويراد به المصدر ويراد به الاسم ، كما يقال له الحمل أيضاً ، وأما دخول تاء التأنيث في الحبلة فقال عبيد « رح » في غريب الحديث إنما دخلت عليه للاشعار بالأنوثة فيه ، وقيل إن الهاء فيه للمبالغة كما في سخره .

وقال شيخنا في شرح الترمذى ، ويحتمل أن يكون جمع حابلة ، فقد حكى صاحب المحكم امرأة حابلة من نسوة حبلة ، وروى بعض الفقهاء حبلة بكسر البـاء ولم يثبت ،

ولان فيـــه غرراً ، قال ولا اللـبن في الضرع للغرر فعساه إنتفاخ ولانه ينازع في كيفية الحلب وربما يزداد ، فيختلط المبيـــع بغيره ، قال ولا الصوف على ظهر الغنم لانه من أوصاف الحيوان ، ولانه ينبت من أسفل فيختلط المبيع بغيره ، بخلاف القوائم لانهـا

(ولأن فيه غرراً) أي ولأن في بيع الحمل والنتاج غرراً أي خطر الذي لا يـــدري ليكون أم لا (ولا اللبن) يجوز بالرفع والجر على حذف المضاف وإثباته تقديراً ، أي لا يجوز بيع اللبن (في الضرع) وبه قال الشافعي وأحمد « رح » وقال مالك يجوز أيامـاً معلومة إذا عرف قدر حلابها ، ويكون التسليم بالتخلية كالثمار على رؤوس الشجر .

وقال الحسن البصري « رح » يجوز في الزمان المعروف لإمكان تسليمـــه ، وعلل المصنف « رح » عدم جوازه بوجوه ثلاثة ، الأول قوله (للغرر) وقد نهى عن الغرر (فعساه انتفاخ) أي فعل الضرع منتفخ فيظن لبناً وهو الغرور .

والثاني وهو قوله (ولأنه) أي ولأن المشتري (ينازع) في صيغة المجهول (في كيفية الحلب) فإن المشتري يستقضي في الحلب والبائع ينازعـــه ويطالبه بأن يترك أوعية اللبن .

والثالث هو قوله (وربما يزداد) اللبن ساعـة فساعة (فيختلط المبيع بغيره) على وجه يتعذر تمييزه ويبطل البيع ، (ولا الصوف) أي ولا يجوز بيع الصوف حال كونه (على ظهر الغنم) وبه قال الشافعي وأحمد وقال مالك والليث بن سعد « رح » يجوز بشرط الجز لإمكان تسليمه (لأنه من أوصاف الحيوان) جعل الصوف وصفاً لأنه تبع للحيوان فلما كان تبعاً لم يجز جعله مقصوداً بإيراد العقد عليه .

(ولأنه) أي ولأن الصوف (ينبت من أسفل) بالضم على البناء لأنـــه أحد الجهات الست (فيختلط المبيع بغيره) لأنه يزداد ساعة فساعة (بخلاف القوائم) هذا جواب عما يقال القوائم متصلة بالشجر وجاز بيعها ، فأجاب بقوله بخلاف القوائم أي القوائم الخلاف ، (لأنها تزيد من أعلى) فلا يلزم الاختلاط حتى لو ربطت خيطاً في أعلاها وتركت أيامـاً

تزيد من أعلى ، وبخلاف القصيل لانه يمكن قلعه ، والقطـــع في الصوف متعين فيقع التنازع في موضع القطع ، وقد صح أنه نهى عن بيع الصوف على ظهر الغنم ، وعن لبن في ضرع وسمن في لبن

يبقى الخيط أسفل مما في رأسها الآن ، وإلا على ملك المشتري ، وما وقع من الزيادة وقع على ملكه ، وكان الشيخ الإمام أبو بكر محمد بن الفضل يقول الصحيح عندي إن بيـــع قوائم الخلاف لا يجوز ، وإن كان ينمو من أعلاه لموضع القطع مجهول .

(وبخلاف القصيل) هذا أيضاً جواب عما يقال القصيل ، كالصوف وجاز بيعـــه ، فأجاب بخلاف القصيل فإن بيعه يجوز ، (لأنه يمكن قلعه) يعني إن أمكن وقوع التنازع فيه من حيث القطع لا يمكن وقوعه من حيث القلع فيقلع ، وفي الفتاوى الصغرى وبيع الكراث يجوز وإن كان ينمو من أسفله للتعامل (والقطع في الصوف متعين) يريد بهذا بيان الفرق بين بيع الصوف على ظهر الشاة وبين بيـع القصيل ، يعني أن بيـــع القصيل يجوز لأن القلع فيه معتاد كالقطع فلا يقع التنازع في موضع القطع لا محـالة ، والقطع في الصوف متعين معتادة بين الناس والقلع فيه وهو نتفه ليس بمعهود بين الناس (فيقع التنازع في موضع القطع) .

فلا يجوز بجهالة موضع القطع (وقد صح أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع الصوف على ظهر الغنم وعن لبن في ضرع وسمن في لبن) روى هذا الحديث موقوفـــاً ومرفوعاً ومسنداً ومرسلاً فالمرفوع المسند رواه الطبراني في معجمه حدثنـــا عثمان بن عمر الضبي حدثنا حفص بن عمر النحوي حدثنا عمر بن فروخ حدثنـــا حبيب بن الزبير عن عكرمة عن ابن عباس « رح » قد نهى رسول الله ﷺ أن يباع ثمرة حتى تطعم ولا يباع صوف على ظهر ولا لبن في ضرع .

وأخرجه الدارقطني ثم البيهقي في سننهما عن عمر بن فروخ وقـال الدارقطني « رح » وأرسله وكيع عن عمر بن فروخ ثم أخرجه عن وكيـع عن عمر بن فروخ مرسلاً لم يذكر ابن عباس « رح » وقال البيهقي تفرد به معه عمر بن فروخ وليس مـا يقوي فقلت نقل الذهبي توهين عمر بن فروخ عن أبي داود وابن معين وأبي حاتم وأما المرسل فرواه أبو داود

وهو حجة على أبي يوسف في هذا الصوف ، حيث جوز بيعه ، فيما يروى عنه قال وجذع في السقف وذراع من ثوب ذكرا القطع أولم يذكراه ، لانه لا يمكن تسليمه إلا بضرر بخلاف ما إذا باع عشرة دراهم من نقرة ، فضة لأنه

في مراسيله عن محمد بن العلا عن ابن المبارك عن عمر بن فروخ عن عكرمة عن النبي ﷺ ولم يذكر ابن عباس « رح » ولا حبيب بن الزبير .

ورواه ابن أبي شيبة في مصنفه لسنده عن عكرمة عن النبي ﷺ أنه نهى أن يباع لبن في ضرع أو سمن في لبن (وهو حجة) أي الحديث المذكور حجة (على أبي يوسف في هذا الصوف) أي في الصوف على ظهر الغنم وانما قيد بقوله في هذا الصوف احترازاً عن الصوف المجذوذ فانه يجوز بيعه على جميع الروايات (حيث جوز بيعه فيما يروى عنه) أي حيث جوز أبو يوسف « رح » بيع الصوف على ظهر الغنم فيما يروى عنه من ذلك ووجهه أنه باع مالاً منتفعاً به مقدرة التسليم في الحال وذكر محمد « رح » في الصلح لو صالح على صوف على ظهر الغنم جاز لأنه مستباح الأخذ منه قبل الذبح فجاز بيعه والصلح فيه كالفصل في الأرض .

(قال) أى القدوري (وجذع في السقف وذراع من ثوب) يجوز الرفع والجر في إعراب الجذع والذراع على ما تقدم أى لا يجوز بيع جذع حال كونه في سقف ولا بيع ذراع من ثوب والمراد به ثوب يضره القطع كالعمامة والقميص والسراويل أما في الثوب الذى لا يضره القطع يجوز بيع ذراع منه كالكرباس ويجوز بيع قفيز من صبرة كذا ذكره الامام المحبوبي وفي الإيضاح وكذا لو باع حلية من سيف لأنه لا يتخلص إلا بضرر أو نصف ذراع لم يدرك لأنه لا يمكن تسليمه إلا بقطع جميعه .

وكذا لو باع مانصيبه من ثوب مشترك من غير شريكه وكذا لو باع ذراعاً من خشبه (ذكرا القطع أو لم يذكراه) يعني سواء ذكر موضع القطع من الثوب أو لم يذكره (لأنه لا يمكن تسليمه إلا بضرر) لا يقال إنه رضي بهذا الضرر حيث التزم ذلك لأن التزامه بدون العقد غير معتبر والعقد لم يوجبه عليه (بخلاف ما إذا باع عشرة دراهم من نقرة فضة لأنه

لا ضرر في تبعيضه ولو لم يكن معيناً لا يجوز لما ذكرنا وللجهالة أيضاً ولو قطع البائع الذراع أو قلع الجذع قبل أن يفسخ المشتري ، يعود صحيحاً لزوال المفسد بخلاف ما إذا باع النوى في التمر والبذر ، في البطيخ حيث لا يكون صحيحاً وإن شقهما وأخرج المبيع لأن في وجودهما احتمالاً ، أما الجذع فعين موجود .

لا ضرر في تبعيضه) أي الجذع أو الذراع (ولو لم يكن معيناً لا يجوز لما ذكرنا) وهو أنه لا يمكن تسليمه إلا بضرر .

(وللجهالة أيضاً) أي ولجهالة المبيع أيضاً ، ولا خلاف لأحد أن جهالة المبيع يمنع الجواز (ولو قطع البائع الذراع أو قلع الجذع قبل أن يفسخ المشترى) البيع (يعود) البيع (صحيحاً لزوال المفسد) فزال المانع (بخلاف ما إذا باع النوى في التمر أو البذر) أي أو باع البزر لأن في وجودهما احتمالاً ، أي في وجود (في البطيخ حيث لا يكون صحيحاً وإن شقهما) أي التمر والبطيخ (وأخرج المبيع) وهو النوى أو البزر (لأن في وجودهما احتمالاً) أي في وجود النوى في التمر والبزر في البطيخ ، احتمالاً يعني يجوز أن يكون في زمان البيع .

(أما الجذع فعين موجود) ومحسوس ولا احتمال فيه ، وفيه إشارة إلى تمام الفرق بين البذر والنوى والجذع المعين في السقف فان الجذع معين موجود إذ الفرض فيه والبزر والنوى ليس كذلك والبزر بكسر الباء وفتحها بزر البقل وغيره .

فان قيل إذا باع جلد الشاة المعنية قبل الذبح لا يجوز ، ولو ذبح الشاة وسلخ جلدها وسلمه لا ينقلب المبيع جائزاً ، وإن كان الجلد عيناً موجودة كالجذع في السقف ، وكذا بيع كرشها وأكارعها .

أجيب بأن البيع وإن كان موجوداً فيه لكنه متصل بغير اتصال خلقه فكان متابعاً مكان العجز عن التسليم هناك معنى أصلياً لأنه اعتبر عاجزاً حكماً لما فيه من إفساد شيء غير مستحق بالعقد ، وأما العجز فانه عين مال نفسه وإنما ثبت الإتصال بينه وبين

قال وضربة القانص ، وهو ما يخرج من الصيد بضرب الشبكة مرة لأنه مجهول ولأن فيه غرراً ، قال وبيع المزابنة وهو بيع التمر على النخيل بتمر مجذوذ

غيره يعارض فعل العناد والعجز عن التسليم حكمي لما فيه من إفساد غير مستحق بالعقد فاذا أقلع والتزم الضرر زال المانع فيجوز .

(قال) أي القدوري « رح » (وضربة القانص) أي لا يجوز بيع ما يخرج منضربة القانص أي الصياد بالشبكة ، ولا خلاف فيه لأحد ، وفسر المصنف ضربة القانص بقوله (وهو ما يخرج من الصيد بضرب الشبكة مرة لأنه مجهول ولأن فيه غرراً) لأنه يحتمل أن يحصل بشيء من الضربة ويحتمل أن لا يحصل ، والقابض إسم فاعل من قبض يقبض قبضا إذا صار من ضرب يضرب ، وروى في تهذيب الأزهرى أن النبي ﷺ نهى عن ضربة القانص بالعين المعجمة ، والياء آخر الحروف وهو الغواص على اللآلي ، وكذلك ذكر الزمخشرى في الفايق وفسر بقوله هي أن يقول للتاجر أعوض عوضه فما اخرجته فهو لك بكذا وهذا هو الصحيح والمعنى فيهما واحد وهو أنه بيع المجهول ولأنه معدوم في الحال .

(قال) أي القدورى (وبيع المزابنة) وهو عطف على ما ذكر قبل هذا بقوله ولا يجوز بيع السمك قبل أن يصاد ، وكذا قاله الاترازى « رح » فيه تعسف تقديرولايجوز بيع المزابنة عطفاً على ما قبله ويجوز فيه الرفع والجر أيضاً كما تقدم ، قال الأترازى بيع الثمر بالثاء المثلثة بثمر مجذوذ بالثاء المثلثة من فوق ، كذا وقع سماعنامرارأبفرخانه وبخارى وذلك لأن ما على النخل قد يكون رطباً وقد يكون تمراً إذا جف فقلنا بالمثلثة حق بيعها جميعاً ، والثالث من حال المجذوذ أن يكون تمراً فقلنا بالمثناة من فوق ولو رويا بالمثلثة فيهما حتى يفيها جميعاً أو بالمثناة فيها جميعاً ، فالحكم كذلك لأن بيع المزابنة لا يجوز كيف ما كان لشبهة الربا سواء كان الرطب بالرطب أو التمر بالتمر أو أحدهما بالآخر.

وفسر المصنف « رح » المزابنة بقوله (وهو بيع التمر على النخيل بتمر مجذوذ)

مثل كيله خرصاً لأن النبي ﷺ نهى عن المزابنة والمحاقلة . فالمزابنة ما ذكرنا والمحاقلة بيع الحنطة في سنبلها بحنطه مثل كيلها خرصاً

أى مقطوع (مثل كيله خرصاً) أى من حيث الخرص وهو نصب على التمييز من مثل كيله ، يقال خرص النخل خروصاً فيها من باب نصر ينصر كذا في المغرب ، وفسر القدورى « رح » المزابنة بقوله وهو بيع التمر على النخل بخرصه تمراً والمزابنة لغة المدافعة من الزبن وهو الدفع وسمى هذا النوع من البيع بها لأنها تؤدى إلى النزاع والتدافع لأنها مبنية على التخمين والقين فيها مما لكثير ، فيريد المغبون دفعه والغابن امضاءه فيتدافعان (لأنه عليه الصلاة والسلام) أى لأن النبي ﷺ (نهى عن المزابنة والمحاقلة) ، روى هدا عن جماعة من الصحابة رضي الله عنهم .

وروى البخارى ومسلم من حديث جابر بن عبد الله قال نهى رسول الله ﷺ عن المزابنة والمحاقلة ، زاد في مسلم في لفظ ، وعن الثنية إلا أن يعلم ، وأخرجا أيضاً من حديث أبي سعيد الخدرى « رح » قال نهى رسول الله ﷺ عن المزابنة والمحاقلة ، والمزابنة إشتراء التمر في رؤوس النخل والمحاقلة اكتراء الأرض .

وأخرج البخارى أيضاً من حديث ابن عباس قال « رح » نهى النبي ﷺ عن المحاقلة والمزابنة وأخرج أيضاً من حديث أنس رضي الله عنه قال نهى رسول الله ﷺ عن المحاقلة والمخابرة والملامسة والمنابذة .

وأخرج مسلم من حديث أبي هريرة أن النبي ﷺ نهى عن المزابنة والمحاقلة وأخرجه الترمذى أيضاً عن أبي هريرة نحوه .

ثم قال وفي الباب عن ابن عمر وابن عباس وزيد بن ثابت وسعد وجابر ورافع بن خديج وأبي سعيد « رح »، قلت حديث ابن عمر عند الشيخين، والثاني وحديث زيد عند الترمذي وحديث سعيد بن أبي دامه والنسائي وحديث رافع بن خديج عند الستة (فالمزابنة ما ذكرنا ، والمحاقلة بيع الحنطة في سنبلها بحنطة مثل كيلها خرصاً) وبه قال الشافعي ، وأحمد رضي الله عنها ، وقال مالك المحاقلة هي اكتراء الأرض ببعض ما يخرج منها من الثلث أو الربع أو غيرهما .

ولأنـــه باع مكيلاً بمكيل من جنسه ، فلا يجوز بطريق الخرص كما إذا كانا موضوعين على الأرض ، وكذا العنب بالزبيب على هذا ، وقال الشافعي رضي الله عنه يجوز فيما دون خمسة أوسق لأن النبي ﷺ نهى عن المزابنة ورخص في العرايا ، وهو أن يباع بخرصها تمراً فيما دون خمسة أوسق .

وفي الفائق الجمل القراح من الأرض وهي الطيبة التربـــة الخالصة من شائب النسج الصالحة للزرع ومنه حقل يحقل إذا زرع ، والمحاقلة مفاعلة من ذلك وهي المزارعة بالثلث والربع وغيرهما ، وقيل هي أكثر الأرض بالبر وقيل بيع الطعام في سنبلـه بالبر ، وقيل بيع الزرع قبل إدراكه إلى ها هنا لفظ الفائق ، وجاء في أمثالهم ينبت البقلة إلا الحقلة (ولأنه باع مكيلا بمكيل من جنسه فلا يجوز بطريق الخرص) لاحتمال الربا (كما لو كانا موضوعين على الأرض) وبـاع أحدهما بالآخر خرصاً (وكذلك العنب بالزبيب) أي وكذلك لا يجوز بيع العنب بالزبيب (على هذا) أي على الحكم المذكور وهو ما إذا كانا موضوعين على الأرض مبيع أحدهما بالآخر خرصاً لاحتمال الربـا (وقال الشافعي رضي الله عنه يجوز) أي شراء الثمر بتمر مجذوذ على الأرض خرصاً (فيما دون خمسة أوسق) ولا يجوز فيما زاد عليها قولاً واحداً ، وبه قال أحمد « رح » في قـــدر خمسة أوسق ، له قولان في قول يجوز ، وهو منقول المزني عن الشافعي رضي الله تعالى عنه ، وفي قول لا يجوز وهو مختـــار المزني وهو مـذهب أحمد « رح » والأول هو الأظهر عنـد صاحب الوجيز .

(لأنه عليه الصلاة والسلام) أي لأن النبي ﷺ (نهى عن المزابنة ورخص في العرايا وهو أن يباع بخرصها تمراً فيما دون خمسة أوسق) حديث المزابنة قـــد تقدم وحديث العرايا أخرجه البخاري ومسلم عن داود بن الحصين عن أبي سفيان عن أبي هريرة رضي الله عنه ، أن النبي ﷺ رخص في بيع العرايا بخرصهـا فيما دون خمسة أوسق أو في خمسة

أوسق شك داود ، فقال دون خمسة أوسق والعرايا جمع عريه وهي النخلة التي عريها الرجل محتاجاً أي أن يجعل له ثمرتها فرخص للمعري أن يبتاع ثمرتها من العري بتمرلموضع حاجته سبب عرية لأنه إذا وهب ثمرتها فكأنه جردها من الثمرة وعراها منه ، ثم اشتق منه الاعراء كذا قاله في الفائق والكلام في العرايا كثير وقد وضع الطحاوي لها باباً ، فقال باب العرايا وقد بسطت الكلام فيها في شرحنا له .

فأول ما قلت العرية فعليه ، بمعنى مفعولة من عراه يعروه إذا قصده ويحتمل أن يكون فعلية ، بمعنى فاعلة من عرى يعري إذا خلع ثوبه كأنها عريت من جملة التحريم ، فعريت أي خرجت ، وذكر الطحاوي بطريق مختلفة كلها تدل على صحة العرايا ، حتى قال الطحاوي قد جاءت هذه الآثار عن رسول الله ﷺ وتواترت في الرخصة في بيع العرايا ، فقبلها أهل العلم جميعاً ولم يختلفوا في صحة مجيئها ولكن تنازعوا في تأويلها ، فقال قوم العرايا أن يكون الرجل له نخلة أو نخلتان في وسط النخيل الكثير لرجل آخر وقد كان أهل المدينة إذا كان وقت الثمار خرجوا بأهليهم إلى حوائطهم فيجيء صاحب النخلة أو النخلتين بأهله فيضر ذلك لصاحب النخيل الكثير ، فرخص رسول الله ﷺ لصاحب النخل الكثير أن يعطي لصاحب النخل أو النخلتين بخرصة ماله من ذلك تمر لينصرف هو وأهله عنه ويخلص تمر الحائط كله لصاحب النخل الكثير فيكون هو وأهله فيه .

وقد روى هذا لقوله عن مالك بن أنس ، قلت وروى أيضاً عن الأوزاعي « رح » وسعيد بن جبير « رح » . وقال قوم مثل هذا ، إلا أنهم خصوا بذلك المساكين يجعل لهم تمر النخل فيصعب عليهم القيام عليها ، فأبيح لهم أن يبيعوه بما شاؤوا من التمر ، وهذا قول سفيان بن حسين وسفيان بن عيينة ، وأحمد بن حنبل « رح » ، وقال قوم العرية الرجل يعري النخلة أو يستثني من ماله النخلة أو النخلتين أكلها ، فيبيعها بمثل خرصها ، وهو قول عبد العزيز سعيد الانصاري « رح » .

وقال قوم العرية أن يأتي أوان الرطب ، وهنالك قوم فقراء لا مال لهم ويريدون

إبتياع رطب يأكلونه مع الناس ولهم فضول تمر من أموالهم، فإنه لهم أن يشتروا الرطب بخرصها فيما دون خمسة أوسق ، وهو قول الشافعي رضي الله عنه ، وأبي ثور . ولا عرية عندهما في غير النخلة والعنب ، وقال الطحاوي « رح » وكان أبو حنيفة « رح » يقول فيما سمعت أحمد بن عمران يذكر أنه سمع ابن سماعة عن أبي يوسف عن أبي حنيفة«رح»، قال يعني ذلك عندنا أن يعرى الرجل الرجل تمر نخلة من نخلة فلم يسلم ذلك إليه حتى يبدو له ، فرخص له أن يحبس ذلك . ويعطيــه مكانه بخرصة تمراً وكان هذا التأويل أشبه وأولى مما قال مالك « رح » ، لأن العرية إنما هي العطية ، ألا ترى إلى الذى مدح الانصار كيف مدحهم ، إذ يقول :

ليست بسنهـــا ولا رجبيـــة لكن عرايـــا في السنين الجوائح

أي إنهم كانوا يعرونها في السنين الجوائح ، فلو كانت العرية كما ذهب إليه مالك إذا لما كانوا ممدوحين بها إذا كانوا يصلحون كما يعطون ، ولكن العرية بخلاف ذلك ، قلت هذا الشعر لسويد بن الصامت من شعر الانصار .

يقال نخلة سنهـــا ، وهي التى تحمل سنه وتحول سنه فلا تحمل ذلك عيب في النخل والرجبيــة بضم الراء وفتح الجيم وفتح الباء الموحدة وتشديد الياء آخر الحروف ، وهي النخلة التى ترجب أي يبنى حولها جدار لتعتمد عليه ، والجوائح جمع جائحة وهي الشدة التي تجتاح المال من سنة أو فتنة ، وجاح الله ماله وأجاحه ماله واجتاحه على واحد، أى أملكه بالجائحة .

قوله إن تباع بخرصها تمراً منصوب على التميز من بخرصها فإن قوله إن تباع مسنداً إلى ضمير يرجع إلى التمر الذى على رأس النخل ، لان الكلام فيه وأنت ضميره البارز في بخرصها على أنه جمع الثمرة ، وفي مثله يجوز التذكير والتأنيث فكان تقديره ، وهو أن يبيع العرايا ، أن يباع التمر الذى على رأس النخل بخرصها تمراً مجذوذاً بمثله خرصاً ، قوله أوسق جمع وسق بفتح الواو وهو ستون صاعاً وهو ثلاثمائة وعشرون رطلا عند أهل

قلنا العرية العطية لغة ، وتأويله أن يبيع المعرى له ما على النخيل من المعرى بتمر مجذوذ،وهو بيع مجازاً لأنه لم يملكه فيكون براً مبتدءاً

الحجاز وأربع ماية وثمانون رطلاً عند أهل العراق على اختلافهم في مقدار الصاع والمد (قلنا العرية العطية لغـــة) يعني العرية التي فيهـا الرخصة معناهـا في اللغة العطية دون البيـع .

(وتأويله) أي تأويل قوله ورخص في العرايا (أن يبيـع المعرى له) أي الفرض (ما على النخيل من المعرى) بكسر الراء (بتمر مجذوذ) أي مقطوع (وهو بيـــع مجازاً) نظراً إلى الصورة ، حيث أعطى في مقابلة شيء تحرزاً عن الخلف فألقت أن ذلك كان على خمسة أوسق ، فظن الراوى أن اختصار الرخصة على ذلك المقدار (لانـــه لم يملكه) أي لان المعرى لم يملك التمر الذى على رؤوس النخل لانــــه لم يقبضه فكيف يكون بيعاً (فيكون براً مبتدأً) أي يكون أعطى المعرى بكسر الراء التمر المجذوذ براً إبتداء لا بيعا له ، قال تاج الشريعة « رح » لانه أعطى شجرة وقـــال كل من ثمارهـــا ثم اعطى مثل ما كان على النخل يستقطـع دخوله في البستان ، وصار كما إذا اشترى المولى من عبده شيئا فأعطاه الثمن فيكون براً ابتداء بالاشراء فإن قلت صرح قلت في حديث زيد بن ثابت الذى أخرجه الترمذى أن رسول الله ﷺ نهى عن بيـع التمر بالتمر ورخص في العرايا ، فدل سياق الحديث أن المراد من العرايا بيـع تمر بتمر أجيب أن القرآن في النظم لا يدل على القرآن في الحكم ، وقد يقرن الشيء بالشيء حكما مختلف فإن قلت جاء في حديث جابر أخرجه عن المزني عن الشافعي عن سفيان عن ابن جريـــج عن جابر بن عبد الله « رح » ، قال نهى رسول الله ﷺ عن المزابنة ، إلا أنه رخص في العرايا وأخرجه مسلم بأثر منه ، والاستثناء من البيع يدل على أن العريـــة هي البيع حملاً للإستثناء على الحقيقة لأنه الأصل فيه، أجيب بأنه على ذلك التقدير ينافي قوله عليه الصلاة والسلام التمر بالتمر مثل بمثل والمشهور قاض عليه ، فإن قلت في حديث أبي هريرة «رح»

قال ولا يجوز البيع بالقاء الحجر والملامسة والمنابذة ، وهـذه بيوع كانت في الجاهلية هو أن يتراوض الرجلان على سلعة ، أي يتساومان فإذا لمسها المشتري

رخص في بيع العرايا فيما دون خمسة أوسق،وهذا دليل على انه بيع لأنه ينفي حكم مافوق الخمسة ، ولو لم يكن المراد البيع لم ينتف حكم الرخصة فيما فوقها ، أجيب بأنه لا نسلم أنه ينفي ذلك لان تخصيص الشيء بالشيء ، لا يدل على نفي ما عداه وفائدة التخصيص في الخمسة لما أنهم كانوا يعرون في هذا القدر ، ولم يدل على نفي ما وراء.ذلك ، وقد ذكرنا عن قريب أن الراوي ظن اختصار الرخصة على ذلك .

وقال الاترازي فإن قلت إن كان الأمر على ما ذهب إليه أبو حنيفة « رح » من تفسير العرايا فما فائدة الرخصة فيها حينئذ، قلت ما فائدته ما روينا من مختصر الطحاوي وهو حصول الطيب للمعري ، والمعرا وخروج المعرى من حكم الخلاف في الوعـــد ، وخروج العرى من حكم من أخذ عوضاً من شيء لم يملكه .

(قال) أي القدوري « رح »(ولا يجوز البيع بإلقاء الحجر والملامسة والمنابذة)وفي بعض النسخ ، ذكر قوله والمنابذة بعدقولهوالملامسة ، قلت هذا هو الأصح ، لأنه قال بعد ذلك (وهذه بيوع)أشار بها إلى البيع بإلقاء الحجر والملامسة والمنابذة ، وكذا فينسخة شيخنا العلاء رحمـــه الله (كانت في الجاهلية وهو أن يتراوض الرجلان) وفي المغرب المراءضة المداراة والمخاتلة كفعل الرائض مع الريض ومنها بيع المراوضة بيع المعاوضة عن الأزهري لأنه لا يخلق عن مداراة ومخاتلة وفي الإجارات ، البـائع والمشتري إذا تراوضا السلعة ،أي تـداركا ما فيها وترك حرف الجر فيه نظر (على سلعة) متعلق بقوله يتراوض، وفسر قوله يتراوض الرجلان بقوله (أي يتساومان) من التساوم من السوم ، يقال سام البائع السلعة ، أي عرضها وذكر ثمنها وسامها المشتري ، بمعنى استامها ، ومنه لا يسوم الرجل على سوم أخيه ، أي لا يشتري كذا في المغرب (فإذا لمسها) أي السلعة (المشترى

أو نبذها إليه البائع ، أو وضع المشتري عليها حصاة ، لزم البيع ، فالأول بيع الملامسة ، و الثاني بيع المنابذة ، والثالث إلقـــاء الحجر ، وقد نهى النبي عليه السلام عن بيع الملامسة والمنابذة .

أو نبذها) أى ألقاها (إليه) أى إلى المشترى (البائع أو وضع المشترى عليها) أى على السلعة (حصاة لزم البيع) .

وفي شرح الوجيز للملامسة ثلاث تأويلات ، أحدها أنـه يأتي بثوب مطوى ، أو في ظلمة فيلمسه المستام ، فيقول صاحبه بعتك هذا بكذا بشرط أن يقوم المسك هذا مقـام نظرت ، ولا خيار لك إذا رأيته ، فهو تأويل الشافعي رحمه الله في المختصر ، وهذا البيع باطل ، والثاني أن يجعلا نفس اللمس بيعاً بأن يقول البائع للمشترى ، إذا لمست ثوبي فهو مبيع وهذا باطل لما فيه من التعليق ، والثالث أن يبيعه شيئاً على انه متى يلمسه فقدوجب البيع وسقط خيار المجلس وهو فاسد أيضاً ، وللمنابذة ثلاث تأويلات أيضاً ، أحدها أن يجعل نفس نبذ الثوب بأن يقول إنبذ ثوبي إليك وتنبذ ثوبك إلي ، على أن كل واحـــد بالآخر ، والثاني تأويل الشافعي رضي الله عنه في المختصر أن يقول ، بعتك هذا بكذا على أني إذا نبذته إليك ، فقد وجب البيع ، والثالث أن المراد منه نبذ الحصاة ، وهو أن يقول بعتك ثوباً من هذه الأثواب وأرمي به الحصاة فعلى أيه وقعت فهو المبيـع ، أو يقول بعتك هـذا هكذا على أنك بالخيار إلى أن ترمي بهذه الحصاة فالبيـــع بـاطل في الكل .

(فالأول بيـع الملامسة ، والثاني بيـع المنابذة ، والثالث إلقاء الحجر ، وقد نهى النبي ﷺ عن بيـع الملامسة والمنابذة) وقد مر هذا عن قريب من حديث أنس « رح » وغيره ، والمنابذة تتناول الكل وقال الأكمل « رح » وعبارة الكتاب تشير إلى أن المنهى عنه منع الملامسة والمنابذة وبيـع إلقاء الحجر ملحق بهما ، لأنه في معناهما قلت ، قـــد جاء في حديث أخرجه مسلم والأربعة عن أبي هريرة رضي الله عنه قال « نهى رسول الله ﷺ عن بيـع الغرر وبيـع الحصاة » وما وقف الأكمل « رح » على هـــذا الحديث ، فلذلك اقتصر على الكلام الذى قاله .

ولأن فيه تعليقاً بالخطر ، قال ولا يجوز بيع الثوب من ثوبين لجهالة المبيع ، ولو قال على أنه بالخيار في أن يأخذ أيهما شاء ، جاز البيع استحساناً وقد ذكرناه بفروعه ، قال ولا يجوز بيع المراعي ولا إجارتها والمراد به الكلأ ، أما البيع فلأنه ورد على ما لا يملكه

(ولأن فيه)أي ولأن في كل واحد من هذه البيوع (تعليقاً) أي تعليق التمليك (بالخطر) وفي المغرب ، الخطر الإشراف على الهلاك ، قالت الشراح وفيه معنى القمار لأن التمليك لا يحتمل التعليق لإفضائه إلى معنى القمار .

(قال) أي القدورى (ولا يجوز بيع ثوب من ثوبين لجهالة المبيع ، ولو قال على انه بالخيار في أن يأخذ أيهما شاء جاز البيع استحساناً) والقياس أن لا يجوز ، وبه قال زفر والشافعي رضي الله عنهما وقال الكاكي : وكذا عبد من عبدين ولا خلاف فيه لأحد حتى إذا قبضهما وماتا ، يضمن نصف قيمة كل واحد ، لأن أحدهما مضمون بالقيمة لأنه مضمون بحكم البيع الفاسد ، والآخر أمانة ، وليس أحدهما بأولى من الآخر ، فشاعت خيار الأمانه والضمان (وقد ذكرناه بفروعه) أي في باب خيار الشرط .

(قال) أي محمد « رح » في الجامع الصغير (ولا يجوز بيع المراعي ولا إجارتها) وفسر المصنف قول محمد هذا بقوله (والمراد به الكلأ) أي المراد بالمراعي إطلاقاً لإسم المحل على الحال ، والكلأ واحد الإكلاء وهو كل ما رعته الدواب من الرطب واليابس ، كذا في المغرب وروى عن أن الكلأ ، ليس له ساق من الحشيس ، وقيل ما له ساق وما ليس له ساق فهو كلأ ، وإنما فسر المصنف المراعي بالكلأ ، لأن لفظ المرعى يقع على موضع الرعي وهو الأرض ، وعلى الكلأ وعلى مصدر رعى ولو لم يفسر بذلك لتوهم أن بيع الأرض وإجارتها لا يجوز وهو غير صحيح ، لأن بيع الأرض وإجارتها صحيح سواء كان فيه الكلأ أو لم يكن .

(أما البيع) أي أما عدم جواز بيع الكلأ غير المحرز (فلأنه ورد على ما لا يملكه لاشتراك الناس فيه بالحديث) وهو ما رواه الطبراني في معجمه ، بإسناده عن ابن عمر

لاشتراك الناس فيه بالحديث ، وأمـــا الإجارة فلأنها عقدت على استهلاك عين مباح، ولو عقدت على استهلاك عين مملوك بأن استأجر بقرة ليشرب لبنها لا يجوز فهذا أولى .

رضي الله عنهما قال قال رسول الله ﷺ المسلمون شركاء في ثلاث ، الماء والكلأ والنـار ، رواه ابن ماجة من حديث ابن عباس رضي الله عنهما قـال قال رسول الله ﷺ المسلمون شركاء في ثلاث الماء والكلأ والنار ، وثمنه حرام وفي سنده عبد الله بن خراش وهوضعيف ضعفه أبو زرعة ، وعن البخارى إنه منكر الحديث ، ورواه أبو داود في سننه عن رجل من الصحابة نحو رواية الطبراني (وأما الإجارة) أى عدم جواز الإجارة (فلأنها) أى الإجارة (عقدت على استهلاك عين مباح) فلا يجوز (ولو عقدت) أى الإجارة (على استهلاك عين مملوك بأن استأجر بقرة ليشرب لبنها لا يجوز فهذا أولى) يعني عدم جواز الإجارة على عين مباح بالطريق الأولى في عدم الجواز ، لأن محل الإجارة المنـافع لا الأعيان باتفاق الفقهاء ، إلا إذا كانت آلة الإقامة العمل المستحق بالإجارة كالصبغ واللبن في استئجار الصباغ والظير ، لأن اللبن آلة للحضانة والطورة والصبغ آلة للصباغ ، ولم يذكر إن إجارة الكلأ وقت فاسدة أو باطلة ، وذكر في الشرب إنها فاسدة حتى يملك الآجر الاجرة بالقبض وينقد تمتعه فيها ، وقالوا معنى شركتهم فيها إن لهم الانتفاع بضوء النار والاصطلاء بها وتجفيف الثياب ، أما إذا أراد أن يأخذ الجمر لا يكون له ذلك إلا بإذن صاحبه ، كذا ذكر القدورى « رح » وكذا الانتفاع من المـاء بالشرب ، وسقي الدواب والإستقاء من الآبار والحياض والأنهار المملوكة في الاراضي المملوكة ، وكذلك الإنتفاع بالإحتشاش من الاراضي المملوكة ، ولكن له أن يمنع من الدخول في أرضه فإن منع كان لغيره أن يقول إن لي في أرضك حقـاً فإما أن توصلني إلى حقي أو تحشه فتدفعه إلي أو تدعني آخذه كثوب رجل وقع في دار إنسان ، هـذا إذا أنبت طاهر ، وأما إذا أنبته صاحب الارض بالسقي ففيه اختلاف الرواية ، ذكر في المحيط والذخيرة والنوازل، أن صاحبه يملكه وليس لاحد أن يأخذه بغير إذنه ، فجاز بيعه ، وذكر القدورى «رح» إنه لا يجوز بيعه لان الشركة في الكلأ ثابتة بالنص ، وإنما تنقطع بالحيازة وسوق الماء إلى

قال ولا يجوز بيع النحل وهذا عند أبي حنيفة « رح » وأبي يوسف « رح » وقال محمد « رح » يجوز إذا كان محرزاً ، وهو قول الشافعي « رح » لأنه حيوان منتفع به حقيقة ، وشرعاً فيجوز بيعه وإن كان لا يؤكل ، كالبغل والحمار

أرضه ، ليس بخياره الكلأ ، فبقي على الشركة فلا يجوز بيعه .

وفي فتاوى الولوالجي رجل باع حشيشاً في أرضه ، إن كان صاحب الحشيش هو الذى أنبته بأن سقاها الماء لاجل الحشيش ، فثبت بتكلفه جاز بيعه لانه ملكه ، وليس لأحد أن يأخذه بغير إذنه كما لو أخذ السمك وألقاه في الماء ، فباع جاز ، وإن كان الحشيش ينبت بنفسه ، فلا يجوز بيعه لانه ليس بمملوك له لانه مباح ألا ترى أن لكل أحد من الناس أن يأخذه ، وذكره قاضي خان « رح » لو باع الكلأ أو الماء بعد الإحراز جاز ، لانه صار أخص به من غيره ، وفي الإيضاح لا يجوز بيع الكلأ في أرضه ولا ماء نهره أو بئره ، وبه قال الشافعي ومالك وأحمد رضي الله عنهم وهكذا ذكره الطحاوى «رح» لأنه على أصل الإباحة فيما لم يحرزه لم يجز بيعه ، كبيع الصيد في أرضه ما لم يأخذه ، وكذا لا يجوز بيع الكماة في أرضه ما لم يقلعها ، وكذلك بيع السمكة في نهره أو حميه (قال فلا يجوز بيع النحل عند أبي حنيفة « رح » وأبي يوسف « رح » ، وقال محمد يجوز إذا كان محرزاً) أى مجموعاً (وهو قول الشافعي رضي الله عنه) وفي كتب الشافعي « رح » في بيع النحل في الكوارة وجهان ، أحدهما لا يجوز وهو اختيار أبي حامد هذا إذا لم يشاهده ولو اجتمع في الكوارة وشاهده جاز بيعه ، وكذا لو شاهده خارج الكوارة ، ففي جواز بيعه له وجهان ومحل الخلاف نحل العسل ، أما نحل غير العسل لا يجوز بالاجماع لانه من الهوام كالزنابير (لانه) أى لان النحل (حيوان منتفع به حقيقة) باستيفاء ما يحدث منه (وشرعا) لعدم ما يمنع عنه شرعا وكل ما هو كذلك (فيجوز بيعه وإن كان لا يؤكل) كلمة إن واصلة بما قبله (كالبغل والحمار) فإن بيعهما يجوز بلا خلاف .

ولهما أنه من الهوام فلا يجوز بيعه كالزنابير والإنتفاع بما يخرج منه لا بعينه فلا يكون منتفعاً به قبل الخروج حتى لو باع كوارة فيها عسل بما فيها من النحل يجوز تبعاً له كذا ذكره الكرخي « رح » ولا يجوز بيع دود القز عند أبي حنيفة لأنه من الهوام وعند أبي يوسف « رح » يجوز إذا ظهر فيه القز تبعاً له وعند محمد « رح » يجوز كيفما كان لكونه منتفعاً به

(ولهما) أي ولابي حنيفة « رح » وأبي يوسف « رح » (إنه) أي إن النحل (من الهوام) جمع هامة وهي دود الارض (فلا يجوز بيعه كالزنابير) والحيات والعقارب والوزع (والانتفاع) جواب عن قوله حيوان منتفع به يعني لا نسلم إنه ينتفع به والإنتفاع إنما يحصل (بما يخرج منه) وهو العسل (لا بعينه) أي لا ينتفع بعين النحل ، قيل هذا احتراز عن المهر والجحش فإنهما وإن كان لا ينتفع بهما في الحال ، لكن ينتفع بهما في المآل بأعيانهما وقال الاكمل وفيه بعد لخروجهما بقوله ، قلت قابل هذا القول هو الكاكي « رح » شيخه .

(فلا يكون منتفعا به قبل الخروج حتى لو باع كوارة) بضم الكاف وتشديد الواو وهي معسل النحل إذا استويت من الطين ، وفي التهذيب كوارة النحل محققة ، وفي المغرب الكوارة والكوارة بالكسر من غير تشديد وقيد الزمخشرى بفتح الكاف ، وفي الغريبين بالضم (فيها) أي في الكوارة (عسل بما فيها من النحل يجوزتبعا له) كمافي بيع الارض مع الشرب ، وبيع الشرب وبيع العذرة المختلطة بالتراب (كذا ذكره الكرخي « رح ») في مختصره .

(ولا يجوز بيع دود القز عند أبي حنيفة « رح » لانه من الهوام وعند أبي يوسف « رح » يجوز إذا ظهر فيه القز تبعا له) أي للقز لانه صار منتفعا به فى المستقبل (وعند محمد « رح » يجوز كيفما كان) أي سواء كان معه القز أو لا (لكونه منتفعا به) وبه قال الشافعي وأحمد « رح » وهو اختيار الصدر الشهيد « رح » وعليه الفتوى للتعامل

ولا يجوز بيع بيضه عند أبي حنيفة « رح » وعندهما يجوز لمكان الضرورة وقيل أبو يوسف « رح » مــــع أبي حنيفة « رح » كما في دود القز .

كذا فى الذخيرة وجامع المحبوبى .

(ولا يجوز بيـــع بيضه) أى بيض دود القز ، وهو البذر الذى منه يكون الدود (عند أبى حنيفة « رح ») لانه ممـــا لا ينتفع بعينه بل بما يحدث منه وهو معدوم فى الحال (وعندهما) أى عند أبى يوسف ومحمد « رح » (يجوز لمـكان الضروة) وبـــه قال الشافعى « رح » فى وجه ، وأحمد « رح » وعليه الفتوى (وقيل أبو يوسف « رح » مع أبى حنيفة « رح » كما فى دود القز) فى عدم الجواز ، وقـــال الكرخى « رح » اجاز محمد « رح » بيـــع النحل إذا كان مجموعا و كذلك دون القز ، يجوز بيعه والسلم فيه إذا كان فى وقته القز ، وجعل أجله فى وقته ، وكان محمد « رح » يضمن من قتله وقال الكرخي « رح » أيضاً واجمعوا على أن بيـــع هوام الأرض لا يجوز ، الحيات والعقارب ، والبزع والقطاية والقنافذ والجعل والضب وهوام الأرض كلها .

وقالوا لا يجوز بيع شيء في البحر من الضفــادع والسرطان والسلاحف وغير ذلك إلا السمك ، وفي الأجناس قال محمد بن الحسن رحمه الله ، إذا كان الدود من واحد وورق التوت منه والعمل من آخر على أن يكون القز بينهما نصفــان أو أقل أو أكثر لا يجوز ، وكذلك لو كان العمل منهما لا يجوز ، إنمـا يجوز إذا كان البيض منهما والعمل منهما وهو بينهما نصفان أما إذا كان البذر بينهما على الثلث والثلثين لا يجوز .

وقال الولوالجي « رح » في فتاواه امرأة أعطت بذر القز وهو بـــذر الفليق بالنصف إمرأة فقامت عليه حتى أدرك ، فالفليق لصاحبة البذر لأنه حدث من بذرها ولهـــا على صاحبة البذر قيمة الأوراق وأجرة مثلها ، وعلى هـــذا إذا دفع البقرة إلى إنسان بالعلف ليكون الحادث بينهما بالنصف فالحادث كله لصاحب البقرة ولـه على صاحب البقرة ثمن العلف وأجرة المثل وكذلك إذا دفع الدجاجة ليكون البيض بالنصف .

والحمام إذا علم عدوها وأمكن تسليمها ، جاز البيع لأنه مال مقدور التسليم ولا يجوز بيع الآبق لنهى النبي ﷺ عنه ، ولأنه لا يقدر على تسليمه إلا ان يبيعه من رجل زعم انه عنده لأن المنهى بيع آبق مطلق وهو أن يكون آبقاً في حق المتعاقدين ، وهذا غير

(والحمام إذا علم عدوها وأمكن تسليمها ، جاز البيع لأنه مال مقدور التسليم) وفي فتاوى قاضي خان لو باع طيراً يطير في الهواء ، إن كان داجناً يعود إلى بيته ويقدر على أخذه من غير تكلف ، جاز بيعه وإلا فلا ، وكذا بيع الحمام في البرج ، وبه قال الشافعي رضي الله عنه ولو باع الحمام الطائر وللشافعي « رح » فيه وجهان فعند بعض أصحابه « رح » الأصح الجواز لاعتبار العود ، عند أكثرهم الأصح عدم الجواز وكان حق وضع هذه المسألة ذكرها عند قوله ولا بيع الطير في الهواء فكأنه اتبع في ذلك الصدر الشهيد فإنه ذكر الحمام بعد ذكر النحل ودود القز في شرح الجامع الصغير .

(ولا يجوز بيع الآبق) وهذا بإجماع الفقهاء الأربعة ، وعن ابن عمر « رح » ويجوز بيعه وعن محمد بن سيرين « رح » يجوز بيعه لو عرف موضعه ، وروى الحسن عن أبي حنيفة « رح » أنه يجوز بيعه قيل هذا إذا علم المشتري ولو اختلفا في العلم ، فالقول للبائع وأما العبد المرسل في حاجة فيجوز بيعه كذا في المحيط (لنهى النبي ﷺ عنه) أي في بيع الآبق وهو ما رواه ابن ماجة في سننه من حديث أبي سعيد الخدري « رح » ان النبي ﷺ نهى عن شراء ما في بطون الأنعام حتى تضع وعن بيع ما في ضروعها وعن شراء العبد وهو آبق ، وعن شراء المغانم حتى تقسم ، وعن شراء الصدقات حتى تقبض ، وعن ضربة القابض وضعفوه .

ورواه إسحاق بن راهوية في مسنده عن أبي سعيد الخدري « رح » مرفوعاً إلا انه قال وعن بيع العبد وهو آبق عوض قوله وشراء (ولأنه لا يقدر على تسليمه) أي تسلم الآبق (قال) أي محمد « رح » (إلا أن يبيعه) أي الآبق (من رجل زعم إنه عنده لان المنهي) في الحديث (بيع آبق مطلق وهو أن يكون آبقاً في حق المتعاقدين ، وهذا غير

آبق في حق المشتري ولأنه إذا كان عند المشتري انتفى ، العجز عن التسليم وهو المانع ثم لا يصير قابضاً بمجرد العقد إذا كان في يده،وكان أشهد عند أخذه لأنه أمانة عنده ، وقبض الامانة لا ينوب عن قبض البيع ولو كان لم يشهد يجب أن يصير قابضاً لانه قبض غصب ولو قال هو عند فلان فبعه مني فباعه لا يجوز لانه آبق في حق المتعاقدين ولانه لايقدر على تسليمه ولو باع الآبق ثم عاد من الآباق. وعن أبي حنيفة « رح » أنه يتم العقد إذا لم يفسخ لان العقد انعقد بقيام المالية والمانع قد ارتفع

آبق في حق المشتري) لأنه عنده في زعمه ، وبه قال الشافعي رضي الله عنه .

(ولأنه) أي ولأن الآبق (إذا كان عند المشتري انتفى العجز عن التسليم وهو المانع) أي المعجز عن التسليم هو المانع من البيع (ثم لا يصير) أي المشتري (قابضاً بمجرد العقد إذا كان في يده و كان أشهد عند أخذه) أي أشهد عند الأخذ انه أخذه للرد، ولا يرده على المولى (لأنه) يصير (أمانة عنده) ولهذا لو هلك قبل الوصول إلى يد المولى فهلك الأمانة (وقبض الأمانة لا ينوب عن قبض البيع) لأن الأدنى لا ينوب عن الأعلى (ولو كان لم يشهد) عند الأخذ صوابه عند القبض (يجب أن يصير قابضاً لأنه قبض غصب) وقبض الغصب قبض ضمان ، فينوب عن قبض البيع وهو قبض ضمان .

(ولو قال هو) أي الآبق (عند فلان فبعه مني فباعه لا يجوز لأنه آبق في حق المتعاقدين ولأنه لا يقدر على تسليمه) لأنه آبق مطلق (ولو باع الآبق) من رجل (ثم عاد من الآباق) . وسلمه للمشتري لا يتم ذلك العقد لأنه وقع باطلا لانعدام المحلية كبيع الطير في الهواء وهو ظاهر رواية وبه أخذ مشايخ بلخ « رح » (وعن أبي حنيفة « رح » أنه يتم العقد إذا لم يفسخ) يعني إذا عاد العبد من إباقه يتم العقد ، ولكن يشترط أن لا يفسخ القاضي العقد قبل عوده ، وإن فسخه قبل ذلك فلا بد حينئذ من البيع الجديد (لأن العقد انعقد بقيام المالية) لأن الآبق مال مملوك (والمانع) من الجواز (قد ارتفع

وهو العجوز عن التسليم كما إذا أبق بعدالبيع ، وهكذا يروى عن محمد « رح» قال ولا بيع لبن إمرأة في قدح ، وقال الشافعي « رح» يجوز بيعه لانه مشروب طاهر ولنا إنه جزء الآدمي وهو بجميع أجزائه مكرم مصون عن الإبتذال بالبيـــع ، ولا فرق في ظاهر الرواية بين لبن الحرة والامة ، وعن أبي يوسف « رح » إنه يجوز بيع لبن الامة لانـه يجوز إيراد العقد على نفسها فكذا على جزئها قلنا الرق قـــد حل نفسها ، فأما اللبن فلا رق فيه لانه

وهو) أي المانع (العجز عن التسليم) فصار (كما إذا أبق بعد البيع) وبه أخذ الكرخي « رح » وجماعة من المشايخ ، كذا ذكره الاسبيجابي .

(وهكذا يروى عن محمد « رح ») يعني مثل ما روى عن أبي حنيفة رضي الله عنه (قال) أي محمد في الجامع الصغير (ولا بيع لبن امرأة) أي ولا يجوز بيع لبن امرأة، وبه قال مالك « رح » وأحمد « رح » في رواية ، وأبو القاسم « رح » ابن يسار من أصحاب الشافعي « رح » لأنه نجس عنده (في قدح) قال الكاكي « رح » ذكر القدح اتفاقي وإن حرمة بيعه غير موقوفة على كونه في قدح ، ولكنه أخرج الكلام مخرج العادة ثم قـال والأصح إن هذا قيد مفيد لأنه لو لم يذكره لتوهم جواز بيعه في القدح ، وإنما يجوز لكونه في الضرع كما هو الحكم في لبن سائر الحيوانات ، فإنه لا يجوز في الضرع ويجوز في القدح في غيره من الإناء إليه ، أشار الإمام أبو جعفر « رح » في كشف الغوامض .

(وقال الشافعي رضي الله عنه يجوز بيعه لأنه مشروب طاهر) إحترز بالطاهر عن الخمر فإنها نجسة فلا يحل بيعها (ولنا إنه جزء الآدمي وهو) أي الآدمي (بجميع أجزائه مكرم مصون عن الابتذال بالبيع) أي محفوظ عن الإهانة بسبب البيع .

(ولا فرق في ظاهر الرواية بين لبن الحرة والأمة ، وعن أبي يوسف « رح » إنـــه يجوز بيـع لبن الأمة لأنه يجوز إيراد العقد على نفسها فكذا على جزئها) إعتباراً للجزء بالكل (قلنا الرق قد حل نفسها ، أما اللبن فلا رق فيه) لأن الرق ضعفي حكمي (لأنه

يختص بمحـــل يتحقق فيه القوة التي هي ضده وهو الحـي ولا حياة في اللبن ، قال ولا يجوز بيع شعر الخنزير لانه نجس العين فلا يجوز بيعه إهانة له ويجوز الإنتفاع به للخرز للضرورة فإن ذلـــك العمل لا يتأتى بدونه ويوجد مباح الاصل فلا ضرورة إلى البيع ولو وقع في الماء القليل أفسده ، عند أبي يوسف « رح » وعنـــد

يختص بمحل يتحقق فيه القوة التي هي ضده) أي ضد الرق يعني العتق (وهو) أي المحل (الحي) ومعناه أنهما صفتان تتعاقبان على موضوع واحد وهما ضدان .

(ولا حياة في اللبن) فلا يرد عليه الرق ولا العتق لانتفـاء الموضوع ، والجواب عن قوله مشروب طاهر أن المراد به كونه مشروباً مطلقاً أو في حـــال الضرورة ، والأول ممنوع فلأنه إذا استغنى عنه حرم شربه ، والثاني مسلم لأنه غذاء عند الضرورة وليست بمال فلا يجوز بيعه .

(قال) أي محمد « رح » في الجامع الصغير (ولا يجوز بيـع شعر الخنزير) باتفاق الأئمة « رح » (لأنه) أي لأن الخنزير (نجس العين فلا يجوز بيعه) أي بيع شعره (إهانة له) كالخمر لأن النجاسة في الشعر كهواء المحل وجواز المبيـع يشعر بإعزازه .

(ويجوز الانتفاع به) أي بشعر الخنزير (للخرز للضرورة فإن ذلك العمل لا يتأتى بدونه) أي لأن عمل الخرز لا يتأتى بدونه والضرورة ، أكد في إثبات التخفيف وسقوط الخطر والإنتفاع بلحمه جائز عند الضرورة بالنص ، فالإنتفاع بشعره كان أولى عنـــد الضرورة لأن الشعر أخف منـــه بدليل أن شعر الميتة طاهر ولحمها لا (ويوجد مباح الأصل) جواب عما يقال إذا كان كذلك ينبغى أن يجوز بيعه وتقرير الجواب أن شعر الخنزير يوجد مباح الأصل (فلا ضرورة إلى بيعه) وعلى هـــذا قيل إذا كان لا يوجد إلا بالبيـع جاز بيعه ، لكن الثمن لا يطيب للبائع ، وقال أبو الليث إن كانت الأساكفـة لا يجدون شعر الخنزير إلا بالشراء فينبغى أن يجوز لهم الشراء .

(ولو وقع) أي شعر الخنزير (في الماء القليل أفسده عند أبى يوسف « رح » وعند

محمد « رح » لا يفسده لان إطلاق الإنتفاع به دليل طهارته ولابي يوسف «رح» إن الإطلاق للضرورة فلا تظهر إلا في حالة الإستعمال وحالة الوقوع تغايرها ، ولا يجوز بيع شعر الإنسان ولا الإنتفاع به لان الآدمي مكرم لا مبتذل فلا يجوز أن يكون شيء من أجزائه مهاناً مبتذلاً ، وقد قال عليـــه الصلاة والسلام لعن الله الواصلة والمستوصلة الحديث ،

محمد « رح » لا يفسد لأن إطلاق الانتفاع به دليل طهارته) ووقوع الطاهر في المـاء لا ينجسه (ولأبى يوسف « رح » إن الاطلاق) أي إطلاق الجواز (للضرورة فلا تظهر) أي الضرورة (إلا في حالة الإستعمال وحالة الوقوع تغايرها) أي تغاير حالة الاستعمال ولا بأس للساكنة أن يصلوا مع شعر الخنزير وإن كان أكثر من قدر الدرهم .

(ولا يجوز بيع شعور الإنسان ولا الانتفاع به) ولا خلاف فيه للفقهاء إلا روايةعن محمد « رح » يجوز الانتفاع بشعر الآدمى ، استدلالاً بما روي ، أن النبي ﷺ حين حلق رأسه قسم شعره بين أصحابه وكانوا يتبركون به ولو كان نجساً لما فعل ، إذا النجس لا يتبرك به وجه الظاهر هو قوله (لأن الآدمى مكرم غير مبتذل) قال الكاكى « رح » بكسر الدال يعني بالمعجمة ومعناه غير تارك بتهاون نفسه (فلا يجوز أن يكون جزء من أجزائه مهاناً مبتذلاً) بفتح الذال كيلا يلزم الإهانة .

(وقد قال عليـــه الصلاة والسلام) أي وقد قال النبي ﷺ (لعن الله الواصلة والمستوصلة الحديث) هذا الحديث أخرجه الائمة الستة « رح » في كتبهم كلهم منحديث عبد الله بن عمر عن نافع عن ابن عمر رضى الله عنهما، أنرسول الله ﷺ قال لعن الله الواصلة والمستوصلة والواشمة والمستوشمة انتهى .

وقال أبو داود « رح » الواصلة هى التي تصل الشعر بشعر النساء والمستوصلة المعمول بها ، والواشمة التي تجعل الخيلان في وجهها بكحل أو مداد والمستوشمة المعمول بهـــا ، والاستدلال بهذا الحديت على منع بيـــع شعر الانسان والانتفاع به لكرامته غير واضح ،

وإنمـــا يرخص فيمـا يتخذ من الوبر فيزيد في قرون النسـاء وذوائبهن ، قال ولا بيـــع جلود الميتة قبل أن تدبـغ لانه غير منتفع به ، قال عليه الصلاة والسلام لا تنتفعوا من الميتة بإهاب وهو إسم لغير المدبوغ على ما مر في كتاب الصلاة ولا بأس ببيعها والإنتفاع بها بعد الدباغ لانها طهرت بالدباغ وقد ذكرناه في كتاب الصلاة ، ولا بأس ببيع عظام الميتة وعصبها وصوفها وقرنهـا وشعرها ووبرها والإنتفاع بذلك

كذا قيل قلت واضح به لأن المدعى عدم جواز البيـع وعدم جواز الانتفاع به واستحقاق اللعن في الوصل يدل على عدم جواز الانتفاع به وعدم جواز الانتفاع يدل على عدم جواز البيـع (وإنما يرخص فيما يتخذ من الوبر فيزيـــد في قرون النساء وفي ذوائبهن) وهو اتخاذ القوابيل وهو رخصة ، وهو يتخذ من وبر الجمل ليزيد في أصول شعورهن بالتكثير وفي ذوائبهن بالتطويل . وقال الجوهري القوابل ما تشهرها المرأة من شعرها .

(قال) أي محمد « رح » في الجامع الصغير (ولا بيـع جلود الميتة قبل أن تدبغ) أي ولا يجوز بيعها قبل الدباغة قيد بقوله قبل أن تدبغ لأن بعد الدبغ يجوز بلا خلاف بين الفقهاء فإن قيل نجاستها مجاورة باتصال الدسومات ، ومثل ذلك يجوز بيعه كالثوب النجس ، أجيب بأنها خلقية فما لم تزايل كالدباغ فهو كعين الجلد بخلاف نجاسة الثوب فانها بالمجاورة فلا يتغير حكم أصول الثوب (لأنه غير منتفع به) أي بجلود الميتة قبل الدباغة .

(قال عليه الصلاة والسلام) أي قال النبي ﷺ (لا تنتفعوا من الميتة بإهاب) هذا الحديث رواه الأربعة « رح » من حديث عبد الله بن علقم عن النبي ﷺ إنـــه كتب إلى جهينه قبل موته بشهر أن لا تنتفعوا من الميتة بإهاب ولا عصب وقد تقدم في كتـــاب الطهارة في باب الماء الذي يجوز الوضوء به وبسطنا الكلام فيه هنـــاك (وهو) أي الاهاب (إسم لغير المدبوغ على ما مر في كتاب الصلاة)(١) ولم يمر إلا في كتاب الطهارات .

(ولا بأس ببيـــع عظام الميتة وعصبها وصوفها وشعرها وقرنها ووبرها والانتفاع بهذا

---

(١) هنا سقط في الاصل .

كله لانها طاهرة لا يحلها الموت لعدم الحياة وقد قررناه من قبل ، والفيل كالخنزير نجس العين عند محمد « رح » وعندهما بمنزلة السباع حتى يباع عظمه وينتفع به .

كله) وفي بعض النسخ بذلك كله أشار به إلى المذكورات قبله (لأنها) أي لأن هذه الأشياء (طاهرة لا يحلها الموت لعدم الحياة) لان الموت لا تحل إلى في محل الحياة (وقد قررناه من قبل) وقال الكاكى « رح » فى كتاب الصلاة وليس كذلك بل فى كتاب الطهارة بقوله وشعر الميتة وعظمها طاهر وقد تكلمنا هناك بما فيه من الخلاف مبسوطاً .

(والفيل كالخنزير نجس العين عند محمد « رح ») فلا يجوز بيعه مطلقا ولا يجوز الانتفاع به لأنه نوع من الخنزير (وعندهما) أي عند أبي حنيفة « رح » وأبي يوسف « رح » (بمنزلة السباع) يعني ليس بنجس العين كالخنزير (حتى يباع عظمه وينتفع به) أي بالفيل في الركوب والحمل وغير ذلك .

ويجوز أن يرجع الضمير إلى المعظم لما ذكره البخاري « رح » في صحيحه عن الزهري « رح » قال في عظام الموتى نحو الفيل وغيره أدركت ناساً من سلف العلماء يمتشطون بها ويدهنون بها لا يرون باساً ، وقال ابن سيرين « رح » وابراهيم لا بأس بتجارة العاج .

وقال الكرخي « رح » في مختصره وأما الفيل فاجمعوا على جواز بيعه ولم يذكر الخلاف ، وكذلك ذكر في البيوع في كتاب العيون ولكن ذكر في باب الطهارات من العيون عن محمد بن الحسن « رح » أنه قال الفيل لا يقع عليه الزكاة ، وإذا دبغ جلده لم يطهر .

وروي عن محمد في كتاب الحج عن أبي حنيفة « رح » قال لا بأس ببيع عظام الفيل وغيرها من الميتة وكذلك جلدها إذا دبغ ، وروي عن أبي يوسف « رح » نحو هذا أو ذكر في العيون أيضاً رواية ابراهيم بن رستم عن محمد « رح » في إمرأة صلت وفي عنقها قلادة فيها من كلب أو أسد أو شعطب [1] فصلاتها تامة لأنه يقع عليها الزكاة .

---

(١) هكذا وردت في الأصل .

قال وإذا كان السفل لرجل وعلوه لآخر ، فسقطـــا أو سقط العلو وحده ، فباع صاحب العلو علوه ، لم يجز لأن حق التعلي ليس بمال لأن المال ما يمكن إحرازه ، والمال هو المحل للبيع بخلاف الشرب حيث يجوز بيعه تبعاً للأرض باتفاق الروايات ومنفرداً في روايـــة ، وهو اختيار مشايخ بلخ «رح» لأنه حظ من الماء ولهذا يضمن بالإتلاف

(قال) أي محمد « رح » في الجامع الصغير (وإذا كان السفل لرجل وعلوه لآخر ، فسقطا أو سقط العلو وحده فباع صاحب العلو علوه ، لم يجز لأن حق التعلي ليس بمال) لأنه يتعلق بالهواء والهواء ليس بمال (لأن المـــال ما يمكن إحرازه والمال هو المحل للبيع) والهواء ليس بمحل وإنما يجوز قبل الإنهدام باعتبار البناء القـــائم ولم يبق (بخلاف الشرب) هذا جواب عما يقال الشرب حق الأرض ، ولهذا قـــال في كتاب الشرب إذا اشترى أرضاً لم يكن له شرب ينبغي أن لا يجوز ، فأجاب بقوله بخلاف الشرب (حيث يجوز بيعه تبعاً للارض باتفاق الروايات ومنفرداً) أي ويجوز بيعه أيضاً حال كونـــه مفرداً (في رواية وهو اختيار مشايخ بلخ « رح » لأنه) أي لأن الشرب (حظ من الماء) والماء عين فكان بيع الشرب بيع العين أو بيع شيء يتعلق بالعين ، فإن قيل فعلى هـــذا ينبغي أن لا يجوز إذا كان الماء معدوماً في الأرض أجيب بانما جوز للضرورة أو بعرضية وجوده كما في السلم والإستصناع .

(ولهذا) ولكون الشرب حظاً من الماء (يضمن بالاتلاف) بـــأن سقى رجل أرضه بشرب غيره يضمن ، وهو رواية البزدوي « رح » ، وعلى رواية شيخ الاسلام « رح » لا يضمن وقيل يضمن إذا جمع الماء ثم أتلفه ولا يضمن قبل الجمع ، وقيل في المسألة روايتان ونقل عن الامام جمال الدين ابن المصنف رحمهما الله قال والاتلاف أن يكون بأن يشهد بـــه الآخر ثم رجع بعد القضاء ولا وجه للقول بالضمان بالاتلاف سوى هذه الصورة لأنـــه لو ضمن بغيرها أما أن يضمن بالسقي أو يمنع حق الشرب ، ولا وجه إلى الأول لأن المـــاء مشترك بين الناس بالحديث ، ولا وجه إلى الثاني لأنه منع حق الغير ليس بسبب الضمان

وله قسط من الثمن على ما نذكره في كتـــاب الشرب ، قال وبيع الطريق وهبته جائز وبيــــع مسيل الماء وهبته باطل والمسألة تحتمل وجهين بيع رقبة الطريق والمسيل وبيع حق المرور والتسئيل ، فإن كان الأول فوجه الفرق بين المسألتين أن الطريق معلوم لأن له طولاً وعرضاً معلوماً ، وأما المسيل فمجهول لأنه لا يدري قدر مــــا يشغله من الماء ، وإن كان الثاني ففي بيع حق المرور روايتان ووجه الفرق على أحدهما

بل السبب منع ملك الغير ولم يوجد (وله) أي للشرب (قسط من الثمن) يعني إذا بيعت أرض وفيها نهر يقع الثمن عليهما (على ما نذكره في كتاب الشرب) قال الاترازي « رح» أي في المبسوط قلت هذا على النسخة التي فيها على ما ذكره وفي بعض النسخ على مـــا نذكره بصيغة الجمع ، فإن صحت هذه النسخة يكون المراد من قوله في كتـاب الشرب مسائل الشرب التي ذكرها في كبرى الأنهار في كتاب إحياء الموات .

(قال) أي قال محمد « رح » في الجامع الصغير (وبيـع الطريق وهبته جائز ، وبيـع مسيل الماء وهبته باطل) هذا لفظ محمد « رح » وقال المصنف رحمه الله (والمسألة تحتمل وجهين بيع رقبة الطريق والمسيل ، وبيع حق المرور والتسئيل فـإن كان الأول) وهو بيع رقبة الطريق والمسيل (فوجه الفرق بين المسألتين) وهما بيـع رقبة الطريق وبيـــع مسيل الماء (أن الطريق معلوم لأن له) أي للطريق (طولاً وعرضاً معلوماً) فإن عرضه مقدار باب الدار وطوله إلى السكة النافذة غالباً فيجوز البيـع (وأما المسيل) أي مسيل الماء (فمجهول لأنه لا يدري قدر ما يشغله من الماء) أي قدر ما يشغل المسيل لأنه يختلف بقلة الماء وكثرته ، حتى لو باع رقبة الأرض بمسيل الماء وبين موضعه وحدوده جاز .

(وإن كان الثاني) وهو حق المرور وحق مسيل المــــاء (ففي بيـع حق المرور روايتان) أحدهما رواية الزيادات لا يجوز وبه أخذ الكرخي « رح »لجهالته ،والأخرى رواية القسمة يجوز وبه أخذ عامة المشايخ « رح » (ووجه الفرق على إحداهما) أي على

بينه وبين حق المسيل إن حق المرور معلوم لتعلقه بمحل معلوم وهو الطريق أما المسيل على السطح فهو نظير حق التعلي وعلى الأرض مجهول لجهالة محله ووجه الفرق بين حق المرور وحق التعلي على إحدى الروايتين ، إن حق التعلي يتعلق بعين لا تبقى وهو البناء فأشبه المنافع ، أما حق المرور يتعلق بعين تبقى وهو الارض فأشبه الاعيان ، قال ومن باع جارية فإذا هو غلام فلا بيع بينهما

إحدى الروايتين (بينه) أي بين حق المرور حيث جاز بيعه على هذه الرواية (وبين حق المسيل) حيث لم يجز بيعه أصلاً (إن حق المرور معلوم لتعلقه بمحل معلوم وهو الطريق) لأنه معلوم القدر (أما المسيل على السطح) . أي أما حق المسيل على السطح (فهو نظير حق التعلي) وبيع حق التعلي لا يجوز باتفاق الروايات (وعلى الأرض) أي وحق المسيل إن كان على الارض (مجهول لجهالة محله) أي لجهالة قدر ما يشغله المـــاء (ووجه الفرق بين حق المرور) حيث جاز بيعه على هـذة الرواية (وحق التعلي) أي وبين حق التعلي حيث لم يجز أصلاً (على إحدى الروايتين) متعلق بحق المرور لان حق التعلي لا يجوز بيعه في جميع الروايات (إن حق التعلي يتعلق بعين لا تبقى وهو البناء) فأخذ حكم ما لا يبقى (فأشبه المنافع) لانها لا بقاء لهـــا (أما حق المرور يتعلق بعين تبقى وهو الارض فأشبه الاعيان) لان لها بقاء .

(قال) أي محمد « رح » في الجامع الصغير (ومن باع جارية فإذا هو غلام) ذكر الضمير باعتبار تذكير الخبر وعكسه ، فإن اشترى عبداً فإذا هو جارية (فلا بيع بينهما) أي لا يجوز البيع وانما ذكر هذه العبارة لانه لم يغير لفظ محمد « رح » في الجامع ، وعند زفر « رح » يجوز فصار كأنه اشترى عبداً على أنه خباز فـإذا هو لم يكن فصح البيع وثبت له الخيار وهو قياس مذهب الشافعي رضي الله عنه بفوات الوصف المرغوب فيه ، وعن أبي حنيفة « رح » أنه أثبت له الخيار في مثل هـذا ثم اختلف المشايخ « رح » في

بخلاف ما إذا باع كبشاً فإذا هو نعجة حيث ينعقد البيع ويتخير، والفرق يبتنى على الاصل الذي ذكرناه في النكاح لمحمد « رح » وهو أن الإشارة مع التسمية إذا اجتمعتا ففي مختلفى الجنس يتعلق العقد بالمسمى

قول محمد « رح » فلا بيع بينهما ، إنه إما باطل أو فاسد ، وقال صاحب الايضاح باطل يتعلق العقد بالمسمى وهو معدوم وبيع المعدوم باطل ، وقال بعضهم إنه فاسد وهو اختيار الكرخي « رح » ، ونقل الاترازي هذا بعد أن قال بعضهم في شرحه ، ثم قال هذا اختلاف عجيب ونقل هذا عن الكرخي « رح » عجيب ، أما الاول فلأن محمداً « رح » قال لا بيع بينهما فهو تنصيص على البطلان ، لان مثل هذا النفي يدل على الباطل لا الفاسد .

وأما الثاني فأن الكرخي « رح » صرح في مختصره ، بأن اختلاف الصفة إذا أوجب اختلافاً فاحشاً كان ذلك بمنزلة الاختلاف في الجنس ، ثم في اختلاف الجنس كما إذا باع فضة على أنه ياقوت فكان زجاجاً ، أو باع هذا الثوب على أنه خزفاً فإذا هو مرغزي ، قال فالبيع باطل قلت الذي قال هذا هو قول السفناقي « رح » وكذا نقله الكاكي « رح » في شرحه .

قلت قوله وتنصيص على البطلان غير مسلم لان البيع الذي وقع بعد كلمة النفي أعم من الباطل والفاسد ، ودعوى التعيين تحكم وأما الكرخي « رح » فانه يحتمل أن يكون عنه فيه روايتان (بخلاف ما إذا باع كبشاً فإذا هو نعجة حيث ينعقد البيع ويتخير) أي المشتري (والفرق) يعني بين المسألتين (يبتنى على الأصل الذي ذكرناه في النكاح لمحمد « رح ») وذلك الأصل متفق عليه ولكن ذكر في كتاب النكاح في وجه قول محمد رحمه الله في مسألة التزوج على دن من الخل ، إلا أن ذلك الأصل عند محمد « رح » ، ولهذا لم يقع الإختلاف بينهم في هذه المسألة (وهو) أي الأصل (إن الإشارة مع التسمية إذا اجتمعتا ففي مختلفي الجنس يتعلق العقد بالمسمى) لأن التسمية أبلغ في التعريف من الإشارة

ويبطل لانعدامه وفي متحدي الجنس يتعلق بالمشار إليـــه وينعقد لوجوده ويتخير لفوات الوصف ، كمن اشترى عبداً على انه خباز فإذا هو كاتب وفي مسألتنا الذكر والانثى من بني آدم جنسان للتفاوت في الاغراض . وفي الحيوانات جنس واحد لقلة التفاوت فيها ، وهو المعتبر في هذا دون الاصل كالخل والدبس جنسان ، والوذاري والزنديجي

لأن الإشارة لتعريف الذات ، فإنه إذا قال هذا صار الذات معيناً والتسمية إعلام الماهية وإنه أمر زائـــد على أصل الذات فكانت أبلغ في التعريف فلذلك تعلق الحكم بالمسمى لا بالمشار إليه .

(ويبطل لانعدامه) أي ويبطل العقد لانعدام المسمى (وفي متحدى الجنس يتعلق) أي العقد (بالمشار إليـــه وينعقد لوجوده ويتخير) أي المشتري (لفوات الوصف) المرغوب فيه (كمن اشترى عبداً على أنه خباز فإذا هو كاتب) حيث ينعقد العقد ويتخير المشترى (وفي مسألتنا) أراد بهـــا المسألة المصدره وهي قوله ومن باع جارية فإذا هو غلام فلا بيع بينهما (والذكر والأنثى من بني آدم جنسان للتفاوت في الأغراض) لأن المطلوب من العبد الإستخدام خارج الدار ومن الأمـــة الاستخدام داخل الدار كالطبخ والكنس والاستفراش والاستيلاد ، والغلام لا يصلح للاستفراش والاستيلاد فكان التفاوت بينهما فاحشاً .

(وفي الحيوانات جنس واحد لقلة التفاوت فيها) [1] أي في الأغراض (وهو المعتبر) أي التفاوت هو المعتبر (في هذا) أي في كونهما جنسين متحدين أو مختلفين (دون الأصل) أي أصل المـــادة والماهية (كالخل والدبس جنسان) مع اتحاد أصليهما وهو العنب (والوذاري) بكسر الواو وفتحهـــا وبالذال المعجمة ، وهو ثوب منسوب إلى وذار وهي قرية بسمرقند (والزندينجي) بفتح الزاي وسكون النون وفتح الدال المهملة وكسر

---

(١) للتقارب فيها – هامش .

على ما قالوا جنسان مع اتحاد أصلهما ، ومن اشترى جارية بألف درهم حالة أو نسيئة فقبضها ثم باعها عن البائع بخمسمائة قبل أن ينقد الثمن لا يجوز البيع الثاني ، وقال الشافعي « رح » يجرز لان الملك قد تم فيها بالقبض فصار البيع من البائع ومن غيره سواء ، وصار كما لو باع بمثل الثمن الاول أو بالزيادة أو بالعرض

النون وبالياء آخر الحروف الساكنة وبالجيم ثوب منسوب إلى زندنـة على خلاف القياس وهي من أشهر قصبات بخارى (على ما قالوا جنسان) أي على ما قال المشايخ « رح » في شروح الجامع الصغير أنها جنسان (مع اتحاد اصلها) يعني مع أن أصلهما متحد وقالت الحكماء الذكر والأنثى من بني آدم جنس واحد لاتحدهما في الحقيقـة والجنس مقول على كثيرين مختلفين بالحقيقة ، وأهل الحق جعلوهما جنسين لتفاوت المقاصد ، والحق معهم لأن اختلاف الحقائق يعرف باختلاف الخواص لا بأصل المادة لكونه لو اعتبر أصل المـادة ينبغي أن لا يكون الفرس والإنسان جنسين (١) لاتحاد مادتها وهو النطفة .

(ومن اشترى جارية بألف درهم حالة أو نسيئة فقبضهـا ثم باعها عن البائع بخمسمائة قبل أن ينقد الثمن لا يجوز البيع الثاني) وبه قال مالك وأحمد « رح » واعلم أن شراء ما باع بأقل مما باع قبل نقد الثمن لا يجوز عندنا (وقال الشافعي رضي الله عنه يجوز) وبعد نقد الثمن يجوز عندنا أيضاً وبالمثل أو الأكثر يجوز بالإجماع سواء كان قبل نقد الثمن أو بعده وكذا يجوز قبل نقد الثمن إذا اشترى بعرض قيمته أقل منه (لأن الملك) أي ملك المشتري (قد تم فيها) أي في الجاريـة (بالقبض فصار البيع من البائع ومن غيره سواء وصار) أي حكم هـذا (كما لو باع بمثل الثمن الأول أو بالزيادة) من الثمن الأول (أو بالعرض) يعني باعها منه بالعرض قبل نقد الثمن وقيمة العرض أقل من قيمة الألف يجوز بالإجماع وقيد بالعرض لأنه لو باعها منه بالدنانير وقيمة الدنانير أقل من الألف لا يجوز عندنا استحساناً ويجوز قياساً ، وهو قول زفر « رح » وقال الكاكي « رح » وفي بعض

---

(١) مختلفين — هامش .

ولنـــا قول عائشة رضي الله عنها لتلك المرأة وقد باعت بستمائة بعدما اشترت بثمان مائة بئس ما شريت واشتريت أبلغي زيـد ابن أرقم أن الله « تعالى » أبطل حجه وجهاده مع رسول الله ﷺ إن لم يتب .

الحواشي مال كثير من مشايخنا « رح » كالكرخي والزعفراني « رح » والصفار إلى قول الشافعي « رح » في هذه المسألة والقياس ما قاله ، ولكن ما وجدته في كتب عندي (ولنا قول عائشة رضي الله عنها لتلك المرأة وقد باعت بستمائة بعدما اشترت بثمان مائة بئس ما اشتريت أبلغي زيد بن أرقم أن الله « تعالى » قد أبطل حجه وجهـاده مع رسول الله ﷺ إن لم يتب) .

هذا أخرجه عبد الرزاق « رح » في مصنفه ، أخبرنا معمر والثوري عن أبي إسحاق عن امرأته « رح » انها دخلت على عائشة رضي الله عنها في نسوة فسألت امرأة فقالت يا أم المؤمنين كانت لي جارية فبعتها من زيد بن أرقم بثمان مائة إلى العطاء ثم ابتعتها منـــه بستمائة فنقدت له الستمائة و كتبت عليه بثمان مائة ، فقالت عائشة بئس ما شريت وبئس ما اشتريت أخبري زيد بن أرقم أنه قد أبطل جهاده مع رسول الله ﷺ إلا أن يتوب ، فقالت المرأة لعائشة رضي الله عنها أرأيت إن أخذت رأس مالي ورددت عليـــه الفضل فقالت ﴿ فمن جاءه موعظة من ربه فانتهى فله ما سلف ﴾ آية — ٢٧٥ — البقرة وأخرجه الدارقطني « رح » ثم البيهقي « رح » في سننهما عن يونس بن أبي إسحاق الهمذاني « رح » عن أمه العالية ، قالت كنت قاعدة عند عائشة رضي الله عنها فأتتها أم محبة فقالت إني بعت زيد بن أرقم جارية إلى عطاء فذكر بنحوه ، وقـال الدارقطني أم محبة والعالية مجهولتان لا يحتج بهما قلت بل أم العالية إمرأة معروفة جليلة القدر ذكرهما ابن سعـــد « رح » في الطبقات ، فقال أم العاليـة بنت أنفع بن شرحبيل امرأة أبي إسحاق السيفي « رح » سمعت من عائشة رضي الله عنها وأم محبة بضم الميم وكسر الحاء كذا ضبطه الدارقطنى « رح » في كتاب المؤتلف والمختلف .

ولان الثمن لم يدخل في ضمانه فإذا وصل إليه المبيـــع ووقعت المقاصة بقي له فضل خمسمائة وذلك بـــلا عوض بخلاف ما إذا باع بالعرض ، لان الفضل إنما يظهر عند المجانسة ،

ورواه أبو حنيفة « رح » في مسنده عن أبي إسحاق التبعي [1] عن امرأة أبي الغمير « رح » سألت عائشة رضى الله عنها فقالت إن زيد بن أرقم باعني جارية بثمان مائـــة واشتراها مني بستمائة فقالت أبلغي عني زيد بن أرقم أن الله عز وجل قد أبطل جهاده إن لم يتب ، وجه الاستدلال أنها جعلت خبراً مباشرة هذا العقد بطلان الحج والجهاد مع رسول الله ﷺ ، إن لم يتب وأجزية الجرائم لا تعلم بالرأي فكان مسموعاً من رسول الله ﷺ ، والعقد الصحيح لا يجازى بذلك فكان فاسداً وإن زيداً اعتذر إليهـا وهو دليل على كونه مسموعاً لأنه في المجتهد ، إن كان بعضهم يخالف بعضاً وما كان أحدهما يعتذر إلى صاحبه ، **فإن قلت يجوز أن يكون إلحاق الوعيد لكون البيع إلى المطاء وهـــو رجل مجهول قلت ثبت من مذهب عائشة (ر ض) جواز البيع إلى المطاء وهو مذهب** علي رضي الله عنه وابن أبي ليلى « رح » وآخرين فلم يكن كذلك ، **فإن قلت** لم كرهت العقد الأول مع أن الفساد من الثاني ، **قلت** لأنها تطرق به إلى الثاني كالسفر يكون محظوراً إذا كان لقطع الطريق وإن كان السفر مباحاً في نفسه ، **فإن قلت** القبض غير مذكور في الحديث فيمكن أن يكون الوعيـــد للتصرف في المبيع قبل القبض ، **قلت** تلاوتها آية الربا دليل على أنه للربا إلا لعدم القبض ، **فإن قلت** الوعيد قـــد لا يستلزم الفساد كما في تفريق الولد عن الوالد بالبيع فانـه جائز مع وجود الوعيد ، **قلت** الوعيد ليس للبيع ثمة بل ليس التفريق حتى لو فرق بدون البيـع كان الوعيد لاحقاً **(ولأن الثمن لم يدخل في ضمانه)** أي في ضمان البائع قبل القبض **(فإذا وصل إليـــه المبيع ووقعت المقاصة)** أي بين الثمن في الاول وبين الثمن في البيـع الثاني إذا عاد إليه الكل الذي زال عنه بعينه **(بقى له فضل خمسمائة وذلك بلا عوض)** فهذا ربح حصل لا على ضمانه ونهى رسول الله ﷺ عن ربح ما لم يضمن **(بخلاف ما إذا باع بالعوض لأن الفضل إنما يظهر**

---

(١) هكذا وردت في الأصل وأظن أن الصحيح التابعي – ا هـ – مصححه .

قال ومن اشترى جارية بخمسمائة ثم باعها وأخرى معها من البائع قبل أن ينقد الثمن بخمسمائة فالبيع جائز في التي لم يشترها من البائع ويبطل في الاخرى لانه

عند المجانسة) لأن الربح لا يظهر عند مخالفة الجنس، وقال الكرخي «رح» في مختصره ولا يجوز أن يشتري ذلك أم وكيل البائع ولا عبد البائع مأذون له في التجارة في قولهم جميعاً وإن اشتراه والد البائع أو ولد ولده علا أو سفل أو من يجوز شهادته للبائع ولا شهادة البائع له لم يجز عند أبي حنيفة « رح » ، وقال أبو يوسف « رح » ومحمد « رح » ذلك جائز ولذلك لا يجوز للمولى أن يشتري ما باعه مكاتبه ولا عبده المأذون ولا مضاربه بأقل من الثمن الذي باعوه ، فإن وكل البائع من يشتريه بأقل من الثمن الاول فاشتراه ، فالشراء جائز عند أبي حنيفة « رح » وقال أبو يوسف « رح » الشراء لازم للوكيل ولا يلزم الامر ، وقال محمد « رح » يلزم الامر شراً فاسداً وقال في شرح الطحاوي إذا مات المشتري فاشتراه البائع من الوارث لا يجوز لان الوارث يقوم مقام المورث ولو مات البائع فاشترى وارثه من المشتري جاز الشراء إذا كان الوارث ممن يجوز شهادته للبائع في حال الحياة وقرابته من البائع لا يمنع بخلاف المشتري ، وعن أبي يوسف « رح » انه قال لا يجوز شراء وارث البائع أيضاً كوارث المشترى .

(قال) قال أى محمد في الجامع الصغير (ومن اشترى جارية بخمسمائة ثم باعها وأخرى) أي وجارية أخرى (معها من البائع قبل أن ينقد الثمن بخمسمائة ، جاز البيع [1] في التي لم يشترها) أي في الجارية التي لم يشترها (من البائع ويبطل) أي البيع (في الاخرى) اي في الجارية الاخرى ، وهذه المسألة فروع المسألة المتقدمة لانها مبنية على شراء ما باع بأقل مما باع قبل نقد الثمن ولهذا لم يجز البيع في التي اشتراها من البائع ، وبين ذلك بقوله (لانه) أي لان المشتري لما باع الجاريتين بخمسمائة إحداهما هي التي اشتراها من البائع في المرة الاولى بخمسمائة والاخرى هي التي

---

(١) فالبيع جائز – هامش .

لا بـــد أن يجعل بعض الثمن بمقابلة التي لم يشترها منـه فيكون مشترياً للاخرى بأقل مما باع وهو فاسد عندنا ، ولم يوجد هذا المعنى في صاحبتها ، ولا يشيع الفساد لأنه ضعيف فيها لكونه مجتهداً فيه ، أو لانه باعتبار شبهة الربا ،

لم يشترها منه (لا بد ان يجعل بعض الثمن) في البيع الثاني (بمقابلة التي) اي بمقابلـة الجارية التي (لم يشترها منه) .

فلا محالة ان يكون ثمن الجارية التي بيعت اولا اقل مما بيعت (فيكون مشتريـــاً للأخرى بأقل مما باع ، وهو فاسد عندنا) كما في المسألة المتقدمة (ولم يوجد هذا المعنى) وهو الشراء بأقل مما باع (في صاحبتها) وهي الجارية التي ضمها إلى الجارية المبيعة لانه ما اشتراها منه حتى باع بأقل منه فيجوز لعدم المفسد (ولا يشيع الفساد ولانه ضعيف فيها) أي لان الفساد ضعيف في الجارية المشتراة ، ولما ضعف الفساد ولم يتعدإلى المضمومة إليها كما لو باع قناً ومدبرا حيث يصح في القن ولم يتعـد فساد البيع في المدبر إلى القن لكون بيع المدبر مجتهداً فيه (لكونه) اي لكون الشراء فساد ما باع بأقل مما باع (مجتهداً فيه) فان عند الشافعي رضى الله عنه يجوز بخلاف الجمع بين الحر والعبد في عقد واحد حيث يشيع الفساد في القن لان الفساد في الحر قوي مجمع عليـــه ، فان قلت يشكل بما إذا اسلم حنطة في شعير وزيت وبين حصة كل واحد ودفع رأس المال إليه فان السلم في الزيت لا يجوز وإن كان الفساد في هذا العقد مجتهداً فيه ، فان اسلم الحنطة في الشعير جائز عند الشافعي رضي الله عنه قلت مبنى عقد السلم على المضايقة لتوقف الجواز على شرائط لم نتوقف عليها مطلق البيع فلا يلزم من تأثير الضعيف فيـــه تأثيره فيما بنى على التوسع .

(أو لأنه) أي ولأن الفساد (باعتبار شبهة الربا) فلو اعتبرنا تلك الشبهة في الجارية التي ضمت إلى المشتراة لكنـــا اعتبرنا شبهة الشبهة ، والمعتبر الشبهة لا شبهة الشبهة ،وبيان ذلك ما ذكره الإمام قاضي خان « رح » وهو أن في المسألة الأولى إنما لم يصح شراء مـــا

أو لانه طار لانه يظهر بانقسام الثمن أو المقاصة فلا يسري إلى غيرها

باع بأقل مما باع لشبهة الربا ، وذلك لأن الألف وأن وجب البائع بالعقد الأول لكنها على شرف السقوط لاحتمال أن يجد المشتري بها عيباً فيرده فيسقط الثمن عن المشتري ، وبالبيع الثاني يقع الأمن عنه فيصير البائع بالعقد الثاني مشترياً ألفاً بخمسمائة من هـــذا الوجه ، والشبهة ملحقة في الحقيقة في باب الربا احتياطاً (أو لأنه) أي أو لأن الفساد (طار) فلا يتعدى إلى الآخر (لأنـــه) أي لأن الفساد (يظهر بانقسام الثمن) وحاصل الكلام أن لظهور الفساد في المشتراة وجهين أحدهما انقسام الثمن والآخر هو قوله (أو المقاصة) .

أما بيان انقسام الثمن فيما قال تاج الشريعة « رح » أو لأنـــه طارىء يعني أن فساد العقد في البعض إنما يؤثر في الباقي إذا كان المفسد مقارناً ، وها هنا طارئاً لأنه ما شرط في العقد أن يكون بإزاء ما باعه بأقل من الثمن الأول بل جعل كل الثمن بمقابلة الجاريتين ، ثم ينقسم الثمن إذا وقعت المقاصة بين الثمن الثاني والأول ويبقى من الثمن الأول فضل يستحق الفساد ، والمقاصة تقع عقيب وجوب الثمن على البائع الأول بالعقـــد الثاني فيكون طارئاً .

وأما بيـــان المقاصة فلأنه لما باعها بألف ثم اشتراهـــا قبل نقد الثمن بخمسمائة فتقاصا بخمسمائة مثلها ، بقى للبائع خمسمائة أخرى مع الجارية ، والمقاصة تقع يجب عقيب وجوب الثمن على البائع بالعقد الثاني فيفسد عندها وذلك لا شك في طرفه (فلا يسري إلى غيرها) أي فلا يسري الفساد إلى غير المشتراة ، كما إذا باع عبدين وفي أحدهما أجل إلى الحصاد ، أو جمع بين عبد ومدبر وباعهما فإن البيع لا يفسد في القن ولا في المدبر لأجل فيه .

وقال شمس الأئمة « رح » في مبسوطه في هذه المسألة فإن قيل ينبغي أن يجعل مقابلة ما باع مثل الثمن الأول احتياطاً لتصحيح العقد قلنا هذا الوجه غير متعين فإنه وإن جعل بمقابلته أكثر من الثمن الأول يجوز العقد أيضا ، وعنـــد المقاصة لا يترجح البعض على البعض من غير دليل وفيه نوع تأمل ، فإن قيل ينبغي أن يفسد العقد في الآخر لأن قبول العقد في ذلك شرط لقبول العقد في الآخر وهو شرط فاسد كما هو مذهب أبي حنيفة «رح» في نظائرها ، قلنا قبول العقد فيه ليس بشرط فاسد ، ألا ترى أنه لو كان ثمنه مثل الثمن

قال ومن اشترى زيتاً على أن يزنه بظرفه فيطرح عنـــه مكان كل ظـــرف خمسين رطلاً ، فهو فاسد ، وإن اشترى على أن يطرح عنه بوزن الظرف جاز ، لأن الشرط الاول لا يقتضيه العقد والثاني يقتضيه ، قال ومن اشترى سمناً في زق فرد الظرف وهـــو عشرة أرطال ، فقال البائع الزق غير هذا وهو خمسة أرطال

الأول أو خلاف جنس الثمن الاول كان صحيحاً ، وإنما الفساد لأجل الربح الحاصل لا على ضمانه ، وهـــذا المعنى يقتصر على العبد الذي باعه ولا يتعدى إلى العقـــد في العبد الثاني .

(قال) أي محمد في الجامع الصغير (ومن اشترى زيتاً على أن يزنه بظرفه فيطرح عنه بكل ظرف خمسين رطلا فهو فاسد وإن اشترى على أن يطرح عنه) أي يطرح البائع عن المشتري (بوزن الظرف جاز) أي البيع (لان الشرط الاول لا يقتضيه العقـد) فإن مقتضاه أن يطرح عنه وزن الظرف ما يوجد ، وعسى أن يكون وزنه أقل من ذلك أو أكثر ، يشرط مقدار معين مخالف لمقتضاه ، وأيضاً ففيه نفع لاحد المتعاقدين من قبل ، إن وزن الظرف لو كان أقل من خمسين يجب تكميله فيخرج عن البيـــع بعض الزيت ولا يدرك مـــا مقداره ، وإن كان وزن الظرف أكثر وجب ضم نفس الظرف إلى الزيت ولا يدري كم يكون .

(والثاني) أي الشرط الثاني وهو طرح وزن الظرف (يقتضيه) أي العقد لان طرح الظرف بوزنه شرط يوجبه العقد لان الظرف غير مبيع وطرح وزن الظرف واجب فيكون شرطاً ملائماً للعقد فلا يفسد العقد به ، كذا في جامع البزدوي (قال ومن اشترى سمناً في زق فرد الظرف وهو عشرة أرطال فقال البائع الزق غير هذا وهو خمسة أرطال) صورة المسألة في الجامع ، محمد عن يعقوب « رح » عن أبي حنيفة « رح » في رجل اشترى من رجل السمن الذي في الزق ، كل رطل بدرهم فوزن له السمن والزق فبلغ مائة رطل وقبضه المشتري ثم جاء فقال وجدت السمن تسعين رطلا والزق هذا وزنه عشرة أرطال ،

فالقول قول المشتري ، لأنه اعتبر اختلافاً في تعيين الزق المقبوض ، فالقول قول القابض ضميناً كان أو أميناً ، وإن اعتبر اختلافاً في السمن فهو في الحقيقة اختلاف في الثمن ، فيكون القول قول المشتري لانه ينكر الزيادة ، قال وإذا أمر المسلم نصرانياً ببيع خمر أو بشرائها ففعل ذلك ، جـــاز عند أبي حنيفة « رح » ، وقالا لا يجوز على المسلم وعلى هذا الخلاف الخنزير ، وعلى هـــذا توكيل المحرم غيره ببيع صيده لهما ، إن الموكل لا يليه

وقال البائع الزق غير هذا وزنه خمسة أرطال والسمن خمسة وتسعون رطلاً ، قال هـذا جائز (فالقول قول المشتري) أي مع يمينه إذا لم يقم البائع البينة .

(لانه) أي لان هذا الإختلاف (اعتـــبر اختلافاً في تعيين الزق المقبوض فـالقول قول القابض ضميناً كان) كالغاصب (أو أميناً) كالمودع (وإن اعتبر اختلافاً في السمن فهو في الحقيقة اختلاف في الثمن فيكون القول قول المشتري لانه ينكر الزيادة) والقول قول المنكر مع يمينه ، فإن قيل الإختلاف في الثمن يوجب التحالف فما وجه المعدول إلى الحلف ، أجيب بأن موجبه إذا كان قصداً وهـــذا ضمني لوقوعه في ضمن الإختلاف في الزق ، والفقه فيه أن الإختلاف الإبتدائي في الثمن إنمـا يوجب التحالف ضرورة أن كل واحد منهما يدع خلاف عقد الآخر ، وأما الإختلاف بناء على اختلافهما في الزق فلايوجب الاختلاف في العقد فلا يوجبه .

(قال) أي محمد في الجامع الصغير (وإذا أمر المسلم نصرانياً ببيـع خمر أو بشرائها ففعل ذلك جاز عند أبي حنيفة « رح » وقالا لا يجوز على المسلم) يعني يبطل ولا ينفذعلى المسلم ، وبه قال الشافعي ومالك وأحمد رضي الله عنهم (وعلى هذا الخلاف الخنزير) إذا وكل المسلم نصرانياً ببيع خنزير أو شرائه (وعلى هذا) الخلاف ((توكيل المحرم) آخر (غيره ببيع صيده لهما) أي لابي يوسف « رح » ومحمد « رح » (ان الموكل لا يليه)أي

فلا يوليه غيره لان ما يثبت للوكيل ينتقل إلى الموكل فصار كأنه باشره بنفسه فلا يجوز ، ولابي حنيفة « رح » أن العاقد هو الوكيل بأهليته وولايته وانتقال الملك إلى الامر أمر حكمي فلا يمتنع بسبب الاسلام كما إذا ورثهما . ثم إن كان خمراً يخللها وإن كان خنزيراً يسيبه ،

لا يلي الذي أمره للنصراني (فلا يوليه غيره) لان المسلم لا يملك بنفسه فلا يملك غيره ، لان تمليك ما لا يملك لا يجوز كنكاح المجوسية (ولأن مايثبت للوكيل ينتقل إليه)أي إلى الموكل (فصار كأنه باشره بنفسه فلا يجزيه) فمباشرته بنفسه لا يجوز فكذا توكيله به (ولابي حنيفة « رح » أن العاقد هو الوكيل باهليته) لان النصرانى أهل المباشرة ذلك (وولايته) أي وولاية العاقد ذلك (وانتقال الملك إلى الآمر أمر حكمي) جواب عن قولهما كما ثبت للوكيل ينتقل إلى الموكل بيانه أن انتقال الملك إلى الآمر وهو الموكل حكمي ، يعني جبري لا اختياري فلذلك لم يجعل كالمباشر بنفسه (فلا يمتنع بسبب الإسلام كما إذا ورثهما) أى كما إذا ورث المسلم الخمر والخنزير بأن كان أبو المسلم نصرانياً أسلم وترك خمراً وخنزيراً فصار كمسلم له عبد نصرانى مأذون أو مكاتب اشترى خمراً صح وثبت الملك للمولى فإن قلت الوراثة أمر جبري والتوكيل اختياري . فأنى يتشابهان ، أجيب بأن ثبوت الحكم أعني الملك للموكل بعد تحقق العلة أعني مباشرة الوكيل جبري ، لذلك يثبت بدون اختياره شاء أو أبى في غير هذه الصورة بالإتفاق كما في الموت .

(ثم) لما صح شراء الوكيل (إن كان) الموكل به (خمراً يخللها) الموكل (وإن كان خنزيراً يسيبه) لكن قالوا هذه الوكالة مكروهة أشد الكراهة ، وقال الفقيه أبو الليث « رح » فعلى قول أبي حنيفة « رح » لما جاز البيع ينبغي للمسلم أن يتصدق بالثمن ، وأما قولهما أن الموكل لا يليه فلا يوليه غيره منقوض بمسائل منها ، إن رجلا لو وكل غيره بشراء عبد بعينه فوكل هذا الوكيل غيره بشراء ذلك يجوز ويثبت الملك للوكيل ولا يملك هو أن

قال ومن باع عبداً على أن يعتقه المشتري أو يدبره أو يكاتبه أو أمة على أن يستولدها ، فالبيع فاسد لان هذا بيع وشرط ، وقد نهى النبي ﷺ عن بيع وشرط ، ثم جملة المذهب فيه أن يقال كل شرط يقتضيه

يشتريه لنفسه ، ومنها أن القاضي إذا أمر ذمياً ببيع خمر أو خنزير خلفه ذمي آخر يصح والقاضي لا يملك التصرف بنفسه .

ومنها أن الذي إذا وصى إلى مسلم وقد ترك خمراً أو خنزيراً ، فإن الموصى يوكل ذمياً بالبيع والقسمة وهو لا يلي ذلك بنفسه ، وفي الجنازية المريض مرض الموت لو باع بما يتغابن في مثله وعليه ديون مستغرقة لا يجوز ومن وصيه يجوز بعد موته وكذا لا يبيع الإمام عروض الولد ووصيها يبيع العروض التي هي من ميراثها ، والقيـاس على تزويج المجوسي مدفوع لأن حقوق العقد في باب النكاح راجعة إلى الموكل لا إلى الوكيل لأنه سفير وفي باب الشراء والبيع على العكس .

(قال) أي القدوري « رح » في مختصره (ومن باع عبداً على أن يعتقه المشتري أو يدبره أو يكاتبه أو أمة) أي أو باع أمة (على أن يستولدها ، فالبيع فاسد لأن هذا بيع وشرط ، والنبي [1] ﷺ نهى عن بيع وشرط) وفي بعض النسخ ، وقـد نهى النبي ﷺ عن بيع وشرط ، وهذا رواه أبو حنيفة « رح » عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جـده أن النبي ﷺ نهى عن بيع وشرط ، ومطلق النهي يقتضي الفساد ولا خلاف في هـذه الجملة بيننا وبين الشافعي رضي الله عنه إلا في شرط العتق فعنـــد الشافعي « رح » يجوز ذلك وهو رواية عن أبي حنيفة « رح » ، كذا في شرح الاقطع .

واختلف الفقهاء في البيع والشرط على ثلاثة أقوال قـــال أصحابنا البيع والشرط كلاهما باطلان ، وقال ابن أبي ليلى البيع جائز والشرط باطل ، وقال ابن شبرمة البيع والشرط كلاهما جائزان (ثم جملة المذهب فيه) أي الجملة الكلية والأصل الشامل بفروع أصحابنا (أن يقال كل شرط يقتضيه العقد) أي يجب بالعقـــد من غير شرط (كشرط

---

(١) وقد نهى النبي صلى الله عليه وآله وسلم – هامش .

العقد ، كشرط الملك للمشتري لا يفسد العقـــد لثبوته بدون الشرط ، وكل شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين .
أو للمعقود عليه ،

الملك للمشتري) وشرط تسليم الثمن أو المبيع أو شرط حبس المبيع لاستيفاء الثمن (لا يفسد العقد) لأن كل هذه تثبت بمطلق العقد (لثبوته بدون الشرط) أي لثبوت مطلق العقد بدون هذا الشرط وذكره لا يفيد إلا تأكيداً (وكل شرط لا يقتضيه العقد وفيـه) أي والحال أن فيه (منفعة لأحد المتعاقدين) بأن اشترى حنطة على أن يطحنها البائع أو ثوباً على أن يخيطه ، أو باع عبداً على أن يخدم البائع شهراً ، أو داراً على أن يسكن فيـه البائع شهراً مثلا ولو شرطا لا يقتضيه العقد ، ولكن ورد الشرع بجوازه كالأجل ،والخيار رخصة وتيسيراً فانه لا يفسد العقد لأنه لما ورد الشرع به دل على أنـه من باب المصلحة دون المفسدة والقياس أن يفسد ، ولكن أخذنا بالإستحسان للحديث الوارد في بـــاب الخيار ولو شرطا شرطاً أن يعطي لا يقتضيه العقد ولا ورد الشرع به لكنه يلائم العقـد ويوافقه نحو أن يشتري ، بشرط البائع كفيلا بالثمن أو رهناً بالثمن ولم يعين الكفيل ولا أشار إلى أحد فالبيع فاسد ، وكذلك إذا لم يسم الرهن ولا أشار إليه وإذاعينهابالإشارة أو التسمية فالقياس أن لا يجوز البيـع أيضاً ، وبه أخذ زفر « رح » وفي الإستحسان يجوز وهو الصحيح والشرط في صحة اشتراط الكفالة حضور الكفيل في المجلس وقبوله ، وإذا كان غائباً لا يجوز وإحضار الرهن في المجلس ليس بشرط .

وما لم يسلم الرهن إلى البائع لا يثبت فيه حكم الرهن ، فإن امتنع عن التسليم لا يجبر عليه ، وعند زفر « رح » يجبر لكن عندنا يقال للمشتري إما أن تدفع الرهن أو قيمته أو تدفع الثمن أو تفسخ البيـع ، فإن لم يقبل المشتري شيئاً من ذلك فللبائع أن يفسخ البيـع لأنه فات غرضه ، ثم أنه قال وفيه منفعة لأحد المتعاقدين لأنه إذا كان في الشرط ضرر لأحدهما بأن باع ثوباً أو حيوانـــاً سوى الرقيق بشرط أن لا يبيعه ولا يهبه ، ذكر في المزارعة الكبيرة أنه لا يفسد بهـــذا الشرط ، وروي عن أبي يوسف « رح » أنه يفسد والأول هو الصحيح (أو للمعقود عليه) أي أو في الشرط منفعة للمعقود عليه .

وهو من أهل الإستحقاق يفسده كشرط أن لا يبيع المشتري العبد المبيع لأن فيه زيادة عارية عن العوض فيؤدي إلى الربا ، أو لأنه يقع بسببه المنازعة فيعرى العقد عن مقصوده ، إلا أن يكون متعارفاً لأن العرف قاض على القياس

(وهو) أي المعقود عليه (من أهل الإستحقاق) اي من أهل أن يستحق حقاً على الغير وهو الآدمي ، وقال بعض الشراح من أهل الإستحقاق اي من اهل الخصومة وليس هذا إلا الآدمي (يفسده) جواب قوله وكل شرط لا يقتضيه العقد ، أي يفسد العقد (كشرط أن لا يبيع المشتري العبد المبيع لأن فيه) أى في هذا الشرط (زيادة عارية عن العوض فيؤدي إلى الربا) لأن الربا عبارة عن فضل خال عن المعوض ، وهذا الشرط خال عن عوض لأن العاقدين تقابلا العوض مع المعوض والشرط الذى شرطاه ليس في مقابلته عوض ، وفيه معنى المال ولهذا يجوز ، أخذ المعوض عن الشرط ولم يعوض عنه بشيء في العقد فكان ربا ولهذا يجاب عما يقال لا تطلق الزيادة إلا على المجانس للمزيد عليه والشرط منفعة فكيف يكون ربا .

(أو لأنه) اي ولأن هذا الشرط (يقع بسببه المنازعة) لأنه ذريعة إلى وقوع النزاع لتمكن المطالبة بينهما بهذا الشرط (فيعرى العقد عن مقصوده) اى مقصود العقد أى منه وهو التملك والتمليك وقيل المقصود من العقد قطع المنازعة .

وقال الأترازى مقصود العقد هو الإسترباح (إلا ان يكون متعارفاً) هذا استثناء من قوله يفسده ، اى إلا ان يكون الشرط متعارفاً بين الناس ، كما لو اشترى نعلاً أو شراكين بشرط أن يحذوه البائع فلا يفسد به البيع (لأن العرف قاض على القياس) لأن الثابت بالعرف ثابت بدليل شرعي ، وهو قوله عليه الصلاة والسلام « ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن » أو ثابت بالإجماع ، فيكون العرف راجحاً على القياس إما بالنص أو بالإجماع ولأن التورع من العادة الظاهرة حرج بين ، والحرج مدفوع الكل من المبسوط لا يقال فساد البيع بشرط ثابت بالحديث ، والعرف ليس بقاض عليه لأنه معلول بوقوع

ولو كان لا يقتضيه العقد ، ولا منفعة فيه لأحد ، لا يفسده وهو الظاهر من المذهب كشرط أن لا يبيع المشتري الدابة المبيعه ، لأنه انعدمت المطالبة ، فلا يؤدي إلى الربا ولا إلى المنازعة ، وإذا ثبت هذا ، نقول هـــذه الشروط لا يقتضيها العقد لأن قضيته الإطلاق في التصرف والتخيير لا الإلزام حتماً ، والشرط يقتضي ذلك وفيــه منفعة للمعقود عليـــه ، والشافعي « رح » وإن كان يخالفنا في العتق

النزاع المخرج للعقد عن المقصود به وهو قطع المنازعة والعرف ينفي النزاع فكان موافقاً لمعنى الحديث .

(ولو كان) أي الشرط (لا يقتضيه العقد ولا منفعة فيـــه لأحد لا يفسده) أي لا يفسد للعقد لأن الشرط يلغو او يصح العقد (وهو الظاهر من المذهب) يعني عـدم فساد العقد وآخر الشرط هو الظاهر من مذهبنا واحترز به عمـا روي عن أبي يوسف « رح » حيث قال يبطل العقد ، ثم ذكر صورة هذا بقوله (كشرط أن لا يبيع المشتري الدابـة المبيعة لأنه انعدمت المطالبة) أي من الدابة لأنه لا يطالبه بهـذا الشرط (فلا يؤدي إلى الربا ولا إلى المنازعة) فكان الشرط لغواً .

(إذا ثبت هذا) يعني ما ذكره في أول المسألة بقوله ومن باع عبداً على أن يعتقـــه المشتري أو يدبره أو يكاتبه أو أمة على أن يستولدها ، فالبيع فاسد (نقول هذه الشروط) أي الإعتاق والتدبير والكتابة والإستيلاء (لا يقتضيها العقـــد لأن قضيته) أي قضية العقد (الإطلاق في التصرف والتخيير) أي إطلاق التصرف في المبيع للمشتري باختياره كيف شاء من غير تقييد تصرف دون تصرف (لا الإلزام حتما) أي دون الإلزام على تصرف واحد على سبيل الحتم ، اي الوجوب والشرط يقتضي الإلزام حتما وبينهما منافـاة ظاهرة وهو معنى قوله (والشرط يقتضي ذلـك) أي الإلزام (وفيــه) أي في هـــذا الشرط أيضاً .

(منفعة للمعقود عليه) وقد بيناه فيما مضى (والشافعي رضي الله عنه ، وإن كان

ويقيسه على بيع العبد نسمة ، فالحجة عليه ما ذكرناه ، وتفسير البيع نسمة أن يباع ممن يعلم أنه يعتقه لأن يشترط فيه ، فلو أعتقه المشتري

يخالفنا في العتق) حيث يقول بيع الرقيق بشرط العتق يجوزه ، لكن هذا في قول منه ، وفي شرح الوجيز في بيع الرقيق بشرط العتق قولان أحدهما انه لا يصح ، وبه قال مالك « رح » وأحمد « رح » وأبوحنيفة « رح » في رواية الحسن فيه وفي قول الشرط باطل والبيع جائز (ويقيسه) أي الشافعي رضي الله عنه يقيس هذا (على بيع العبد نسمة) ومعناه يأتي الآن لأن المصنف « رح » ذكره ، وقال الأترازي انتصاب نسمة على الحالة على معنى معرضاً للعتق ، وذلك أن القسمة لما ذكرها في مثل قوله عليه الصلاة والسلام ، فك رقبة ، واعتق النسمة ، صارت كأنها إسم لما هو معرض للعتق فعوملت معاملة الأسماء المتضمنة لمعنى الأفعال ، كذا قال المطرزي « رح » والنسمة النفس مشتقة من نسيم الريح .

(والحجة عليه) أي على الشافعي ، رح » (ما ذكرناه) وهو أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع وشرط ، وقد مضى (وتفسير البيع نسمة أن تباع ممن يعلم أنه يعتقه لأن يشترط) أي العتق (فيه) أي في العبد ، وقال السفناقي « رح » قوله ،ويقيسه على بيع العبد نسمة غير مستقيم على ماذكره في المبسوط من تفسير الشافعي رضي الله عنه ، بيع العبد نسمة حيث قال من جانب الشافعي رضي الله عنه لأن الشراء بشرط الإعتاق متعارف بين الناس لأن بيع العبد نسمة متعارف في الوصايا وغيرها ، ثم قال وتفسيره البيع بشرط العتق وكان بيع العبد نسمة على ذلك التفسير عن البيع بشرط العتق ، فحينئذ يلزم قياس الشيء على نفسه وذلك باطل ، وقال الكاكي « رح » يمكن أن يجاب عنه ، وقال الأترازي « رح » كيف صح تفسير المصنف « رح » البيع نسمة ، صح قياس الشافعي « رح » البيع بشرط العتق عليه لأن المقيس والمقيس عليه غير أن ما على ما قاله صاحب المبسوط فلا وجه له لأن المقيس هو المقيس عليه بعينه .

(فلو أعتقه المشتري) أي فلو أعتق العبد المشتري الذي شرط عتقه البائع في العقد

بعدما اشتراه بشرط العتق ، صح البيع حتى يجب عليه الثمن عند أبي حنيفة « رح » ، وقالا يبقى فاسداً حتى تجب عليه القيمة لأن البيع قد وقع فاسداً فلا ينقلب جائزاً ، كما إذا تلف بوجه آخر ، ولأبي حنيفة « رح » إن شرط العتق من حيث ذاته لا يلائم العقد على ما ذكرناه ، ولكن من حيث حكمه يلائمه لأنه منه للملك والشيء بانتهائه يتقرر ، ولهذا لا يمنع العتق الرجوع بنقصان العيب ، فإذا تلف وجه آخر لم تتحقق الملائمة فيتقرر الفساد ، وإذا وجد العتق تحققت الملائمة فترجح جانب الجواز

(بعدما اشتراه بشرط العتق صح البيع حتى يجب عليه الثمن عند أبي حنيفة « رح» وقالا يبقى فاسداً) كما كان (حتى تجب عليه القيمة لأن البيع قد وقع فاسداً فلا ينقلب جائزاً كما إذا تلف بوجه آخر) بأن مات أو قتله أو باعه ، وفي المبسوط قولهما قياس ، وهو رواية عن أبي حنيفة « رح » وقال في التحفة لو أعتقه قبل القبض لم ينفذ عتقه وإن اعتقه بعد القبض عتق فانقلب العقد جائزاً استحساناً ، في قول أبي حنيفة « رح » وقال لا ينقلب العقد جائزاً إذا أعتقه حتى يجب عليه قيمة العبد ، ووجوب الثمن دليل الجواز ووجوب القيمة دليل الفساد .

(ولأبي حنيفة « رح » أن شرط العتق من حيث ذاته لا يلائم العقد على ما ذكرناه) إشارة إلى قوله لأن قضية الإطلاق في التصرف (ولكن من حيث حكمه يلائمه لأنه) أي لأن العتق (منه للملك والشيء بانتهائه يتقرر ولهذا) إيضاح لقوله والشيء بانتهائه يتقرر (لا يمنع العتق الرجوع بنقصان العيب) يستدل به على أن العتق مقرر للملك ومتمم له ، إذ لو كان مزيلاً لمنع الرجوع بالنقصان كالعيب (فإذا تلف بوجه آخر لم يتحقق الملائمة) لأنه يقرر الفساد لصورة الشرط دون الحكم وهو معنى قوله (فيتقرر الفساد وإذا وجد العتق تحققت الملائمة) باعتبار الملائمة بالعتق (فيترجح جانب الجواز) على جانب

فكان الحال قبـــل ذلك موقوفـاً ، قال وكذلك لو باع عبداً على أن يستخدمه البائع شهراً ، أو داراً على أن يسكنها ، أو على أن يقرضه المشتري درهماً أو على أن يهدى له هدية لأنه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لأحد المتعاقدين لأنـه عليه السلام نهى عن بيع وسلف ولأنه لو كان الخدمـــة والسكنى يقابلهما شيء من الثمن يكون إجارة في بيع ، ولو كان لا يقابلهما يكون إعارة في بيع ، وقد نهى

الفساد (فكان الحال قبل ذلك موقوفاً) أي كان حال العقد موقوفاً قبل الإعتـاق بين بقائه فاسداً أو انقلابـــه إلى الجواز بالإعتاق ، فلما وجد الإعتاق ترجح جانب الجواز فانقلب جائزاً .

(قال) أي القدوري (وكذلك) يفسد (لو باع عبداً على أن يستخدمه البـــائع شهراً أو داراً على أن يسكنها ، أو على أن يقرضه المشتري درهماً أو علي أن يهدى لـه هدية) فالبيع فاسد (لأنه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لأحد المتعاقدين ، ولأنـه عليـــه الصلاة والسلام) أي لأن النبي ﷺ (نهى عن بيع وسلف) هذا الحديث رواه أصحاب السنن الأربعة . إلا ابن ماجة اختصره من حديث عبد الله بن عمر ، وابن العاص « رح » قال قال رسول الله ﷺ لا يحل سلف وبيع ولا شرطان في بيع ولا ربح مـا لم يضمن ولا بيع ما ليس عندك ، وقـــال الترمذي « رح » حديث حسن صحيح ورواه محمد بن الحسن « رح » في كتاب الآثار وفسره وقال ، أما السلف والبيع فالرجل للرجل أبيعك عبدي هذا بكذا أو كذا على أن تقرضني كذا وكذا ، وأما الشرطان في البيع فالرجل يبيع الشيء بألف حالاً ومؤجلا بألفين ، وأما ربح ما لم يضمن فالرجل يشترى الشيء فيبيعه قبل أن يقبضه بربح (ولأنه لو كان الخدمة والسكنى يقابلهما شيء من الثمن يكون إجارة في بيـع ولو كان لا يقابلها) يعني شيئاً من الثمن (يكون إعارة في بيع) وكل ذلك فاسد .

(وقد نهى النبي ﷺ عن صفقتين في صفقة) هذا الحديث رواه أحمـــد « رح » في

النبي ﷺ عن صفقتين في صفقة ، قال ومن باع عيناً على أن لا يسلمه إلى رأس الشهر فالبيع فاسد ، لأن الأجل في المبيع العين باطـــل ،

مسنده بإسناده إلى عبد الله بن مسعود رضي الله عنهما قـــال نهى رسول الله ﷺ عن صفقتين في صفقة .

قال أسود بن عامر أحد رواة الحديث قال شريك هو الآخر من رواية هو أن يبيع الرجل بيعاً فيقول هذا نقد بكذا ونسيئة بكذا ، وروى العقيلي « رح » من طريق سماك مرفوعاً الصفقة في الصفقتين ربا ، وروى الترمذي « رح » من حديث أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ نهى عن بيعين ، والصفقة في اللغة ضرب اليد على اليد في البيع كذا ذكره في مجمل اللغة ، ويراد بها في العقد لأن أحد المتعاقدين يضع يده على يد الآخر إذا أراد العقد ، وروى الترمذي « رح » من حديث أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ نهى عن بيعتين في بيعة ، قال الترمذي « رح » من بعض أهل العلم ان يقول الرجل أبيعك هذا الثوب نقداً بعشرة ونسيئة بعشرين فلا مفارقة على أحد البيعتين ، فإذا فارقه على أحدهما فلا بأس إذا كانت العقدة على واحد منهما ، وقال الشافعي رضي الله عنه ومعنى نهى النبي ﷺ عن بيعتين في بيعة ، أن يقول أبيعك داري هذه بكذا على أن تبيعني غلامك بكذا ، فإذا وجب لي غلامك وجبت لك داري وهـــذا تفارق عن بيع بثمن معلوم ، ولا يدري كل واحد منهما على ما وقعت عليه صفقته انتهى .

وبقولنا قال الشافعي رضي الله عنه وعن مالك « رح » أنه إذا شرط من منـــافع المبيع يسير السكنى في الدار يوماً صح ، وقال أحمد «رح» أما شرط سكنى الدار يوماً أو يومين لم يفسده بعدم الإفضاء إلى المنازعة ظاهراً ، وقال ابن أبي ليلى وابراهيم النخعي والحسن البصري « رح » البيـــع جائز والشرط فاسد ، وقـــال ابن شبرمة « رح » البيـــع صحيح والشرط صحيح وإليه ذهب الأوزاعي وأحمد « رح » في بيـــع الدار بشرط سكناهـــا وبيـــع دابة بشرط ظهرها .

(قال) أي القدوري (ومن باع عيناً على أن لا يسلمه إلى رأس الشهر ، فالبيـــع فاسد لأن الأجل في المبيـــع العين باطل فيكون شرطاً فاسداً) وبه قال الشافعي رضي

فيكون شرطاً فاسداً وهذا لأن الأجل شرع ترفيهاً فيليق بالديون دون الأعيان ، قال ومن اشترى جارية إلا حملها فالبيع فاسد والأصل أن ما لا يصح إفراده بالعقد لا يصح استثناؤه من العقد والحمل من هذا القبيل وهذا لأنه بمنزلة أطراف الحيوان لاتصاله به خلقة وبيع الأصل يتناولها ، فالاستثناء يكون على خلاف الموجب

الله عنه وكذا في الثمن المعين عنده لا يصح تأجيله لعدم الفائدة ، واحترز بالبيع المعين إذا كان المبيع دينا كالمسلم فيه ، فإن الاجل فيه صحيح (وهذا) أى بطلان الاجل في المبيع المعين (لان الاجل شرع ترفيهاً) أى تيسيراً (فيليق بالديون دون الاعيان) لان الدين غير حاصل فكان الاجل فيه إتباع المدة التي يتمكن المشترى من تحصيله فيها بالكسب ، أما المعين فحاصل فلا حاجة فيها إلى ذكر الاجل للترفيه .

(قال) أى القدورى « رح » (ومن اشترى جارية إلا حملها فسد البيع [1]) وبه قال الشافعي رضي الله عنه في الاصح (والاصل) اى في هذا (أن ما لا يصح إفراده بالعقد لا يصح استثناؤه من العقد والحمل من هذا القبيل) فإن الجنين ما دام في بطن أمه فهو في حكم جزء منها ، كاليد والرجل ألا ترى أنه يقطع عنها بالمقراض ، وأجزاء الحيوان لا تقبل العقد مقصوداً فلا يكون مقصوداً بالإستثناء ، وهذا لان الجنين في البطن مجهول لا يدرى أذكر أم أنثى او خنثى واحد أو اكثر (وهذا) اى كون الجنين من هذا القبيل (لانه بمنزلة أطراف الحيوان) كما ذكرنا وذلك (لاتصاله به خلقة) أى لاتصال الجنين بالام من حيث الخلقة .

(وبيع الاصل يتناولها) اى يتناول الاطراف ، وفي بعض النسخ يتناولهما أى يتناول الام والحمل ، وفي بعض النسخ يتناوله أى يتناول الحمل فإذا كان كذلك (فالاستثناء يكون على خلاف الموجب) اى موجب العقد لأن العقد يوجب أن يكون الحمل بيعاً

---

(١) فالبيع فاسد — هامش .

فلم يصح فيصير شرطاً فاسداً ، والبيع يبطل به والكتابة والإجارة والرهن بمنزلة البيع لأنها تبطل بالشروط الفاسدة ، غير أن المفسد في الكتابة ما يتمكن في صلب العقد منها ، والهبة والصدقة والنكاح والخلع والصلح عن دم العمد لا تبطل باستثناء الحمل ، بل يبطل الإستثناء لأن هذه العقود لا تبطل بالشروط الفاسدة ،

غير مقصود (فلم يصح فيصير شرطاً فاسداً والبيع يبطل به) اى بالشرط الفاسد (والكتابة والإجارة والرهن بمنزلة البيع) ذكر هذه المسألة تفريعاً لمسألة القدورى « رح » ، وذلك نحو ما إذا كاتب عبده على جارية إلا حملها او اجر داره على جارية إلا حملها أو رهن جارية إلا حملها ، ففي الكل يفسد العقد كما يفسد البيع (لأنها) اى لان الكتابة والاجارة والرهن (تبطل بالشروط الفاسدة غير ان المفسد في الكتابة) استثناء من قوله تبطل بالشروط الفاسدة ، يعني هذه الاشياء الثلاثة تبطل بالشروط الفاسدة إلا أن المفسد أى الشرط المفسد في الكتابة (ما يتمكن في صلب العقد منها) اى من الشروط المفسدة ، كالكتابة على الخمر او الخنزير او على قيمته حيث دخل في البدل ، واما إذا لم يكن في صلب العقد منها كما إذا شرط على المكاتب ان لا يخرج من البلد فله ان يخرج ، والعقد صحيح لان الكتابة تشبه البيع إنتهاء لانه مال في حق المولى ولا يصح إلا ببدل معلوم ، ويحتمل الفسخ ابتداء او ما يشبه النكاح من حيث أنه ليس بمال في حق نفسه ، ولا يحتمل الفسخ بعد تمام المقصود فألحقناه بالبيع في شرط تمكن في صلب العقد ، وبالنكاح فيما إذ لم يتمكن منه .

(والهبة والصدقة والنكاح والخلع والصلح عن دم العمد لا تبطل باستثناء الحمل ، بل يبطل الإستثناء لأن هذه العقود لا تبطل بالشروط الفاسدة) لأن الفساد باعتبار إفضائه إلى الربا وذلك لا يتحقق إلا في المعاوضات وهذه تبرعات وإسقاطات ، وصور هذه الأشياء بأن قال وهبت هذه الجارية لك إلا حملها أو تصدقتها عليك إلا حملها أو جعلتها مهر أو بدل الخلع أو بدل الصلح عن دم العمد إلا حملها ، فإن قلت الهبة من قبل التمليكات

وكذا الوصية لا تبطل به لكن يصح الإستثناء حتى يكون الحمل ميراثاً والجارية وصية لأن الوصية اخت الميراث ، والميراث يجري فيما في البطن بخلاف ما إذا استثنى خدمتها لأن الميراث لا يجري فيهـــا ، قال ومن اشترى ثوباً على أن يقطعه البائع ويخيط قميصاً أو قبـاء ، فالبيع فاسد لأنه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لأحد المتعاقدين ، ولأنه يصير صفقة في صفقة على مـا مر ، قال ومن اشترى نعلاً على أن يحذوه البائع

ينبغي أن يفسد بالإستثناء ، قلت سلمنا ذلك ولكن عرفنـــا بالنص أن الشرط المفسد لا يفسدها ، فإنه ﷺ أجاز العمري وأبطل شرط للمعمر حتى يصير العمري لورثة الموهوب له لا لورثة المعمر إذا شرط عوده وصح العقد وبطل الإستثناء .

(وكذا الوصية لا تبطل به) أي باستثناء الحمل (لكن يصح الإستثناء) بـأن قال أوصيت بهذه الجارية لفلان إلا حملها (حتى يكون الحمل ميراثاً والجاريـة وصية) يعني يكون للموصي له (لأن الوصية أخت الميراث) من حيث أن الملك في كل منهما يحصل بعد الموت (والميراث يجري فيما في البطن) لأنه عين (بخلاف ما إذا استثنى خدمتها) يعني أوصى بجارية لفلان واستثنى خدمتها ، لا يصح الاستثناء وقيل بطل حتى تكون الجارية وخدمتها جيماً للموصى له (لأن الميراث لا يجري فيها) لأنهـــا ليست بعين ، وفي بعض النسخ لا يجري فيه ذكر ضمير الخدمة باعتبار المذكور (ومن اشترى ثوباً على أن يقطعـه البائع ويخيطه قميصاً أوقباء، فالبيع فاسد) وهو من مسائل القدوري « رح » لا خلاف فيه للأربعة (لأنه شرط لا يقتضيه العقد وفيـــه منفعة لأحد المتعاقدين) يعني للمشتري (ولأنه) أي ولأن هذا العقد (يصير صفقة في صفقة) يعني إجارة في بيع أو إعارة في بيع (على ما مر) أشار به إلى قوله ولأنـــه لو كانت الخدمة والسكنى يقابلهما شيء من الثمن إلى آخره (ومن اشترى نعلاً على أن يحذوه البائع) النعل الصرم تسمية الشيء بإسم ما يؤول إليه قال الجوهري الصرم الجلد فارسي معرب ومعين يحذوها يجعلها مساوياً للآخر

أو يشركه فالبيع فاسد ، قال ما ذكره . جواب القياس ، ووجهه ما بينا ، وفي الإستحسان يجوز للتعامل فيه فصار كصبغ الثوب ، وللتعامل جوزنا الاستصناع ،

(أو يشركه) من التشريك وهو وضع الشراك وفي الصحاح شركت نعلي جعلت له شراكاً والتشريك فله ، والشراك هو أحد سيورالنعل التي تكون على وجهها (فالبيع فاسد) وهو القياس فلذلك قال المصنف بقوله (قال) أي المصنف بقوله (ما ذكره) أي ما ذكره القدوري « رح » من قوله فالبيع فاسد .

(جواب القياس ووجهه) أي وجه القياس (ما بينا) أراد به قوله لأنه شرط لا يقتضيه العقد إلى آخره ، وبالقياس قال زفر والشافعي « رح » في الأصح (وفي الاستحسان يجوز للتعامل فيه فصار) أي فصار جواز شراك النعل بشرط حذو البائع وتشريكه (كصبغ الثوب) أي كجواز صبغ الثوب ، يعني لو استأجر صباغاً ليصبغ ثوبه ففي القياس لا يجوز لأنه عقد على استهلاك العين وهو الصبغ والاجارة ، بيع المنافع لا بيع العين وفي صبغه يلزم بيع العين ولهذا لا يجوز استئجار البقرة لشرب اللبن ، وكذا ترك القياس في استئجار الحمام والظئر لأن فيهما استهلاك الماء واللبن (وللتعامل جوزنا الإستصناع) مع أن القياس يأباه لأنه بيع المعدوم ، ومن أنواع التعامل ما ذكره في شرح الطحاوي « رح » ما لو اشترى صرماً أي جلداً على أن يحوز البائع له خفاً ، أو اشترى قلنسوة بشرط أن يبطن له البائع من عنده ، جاز البيع بهذا الشرط للتعادل .

وفي المبسوط اشترى شاة بشرط أنها حامل فالعقد فاسد ، وبه قال الشافعي رضي الله عنه في قول وقال في الأصح يصح وهو رواية الحسن « رح » ، وقال بعض أصحابه القولان في غير الآدمي ، أما في الجواري يصح قولاً واحداً ، وذكر هشام « رح » عن محمد « رح » إشترى جارية على أنها حامل يجوز البيع إلا أن يظهر أن المشتري يريدها للظورة فحينئذ يفسد ، وعن الهندواني « رح » لو شرط الحبل من البائع لا يفسد لأن البائع يذكره على بيان العيب عادة ، ولو وجد في المشتري يفسد لأنه ذكره على وجه

قال والبيع إلى النيروز والمهرجان وصوم النصارى وفطر اليهود ، إذا لم يعرف المتبايعان ذلك فاســـد لجهالة الأجل ، وهي مفضية إلى المنازعة في البيـــع لابتنائها على المماكسة ، إلا إذا كانا يعرفانه لكونه معلوماً عندهما

اشتراط الزيادة (والبيع إلى النيروز) أصله النوروز ولكن لما يكن في أوزان العرب فيقول أبدلوا الواو ياء وهو يوم في طرف الربيع (والمهرجان) معرب مهر كان وهو يوم في طرف الخريف ، وقال في ريح كوشياء النيروز أول يوم من فروردنى ماهوالمهرجانهو اليوم السادس عشر من مهرماه ، قلت فروردين مـــاه أول أشهر الفرس ، ومهرماه هو الشهر السابع من السنة عندهم .

(وصوم النصارى وفطر اليهود) خص الصوم بالنصارى ، والفطر باليهود لاحتمال أن يكون مبدأ صوم اليهود معلومـــاًدون صومهم ، ألا ترى أن التأجيل إذا كان إلى فطر النصارى بعدما شرعوا في صومهم يصح ، لأن مدة صومهم بالأيام معلومـــة وهي خمسون يوماً (إذا لم يعرف المتبايعان) أي المشتري والبائع (ذلك) أي وقت هـــذهالأشياء (فاسد) خبر المبتدأ أعني قوله ، والبيع إلى النيروز ومـــا بعده عطف عليه والفساد (لجهالة الأجل) لأن هذه الآجال ليست من آجال المسلمين ، فإنهم لا يعرفون وقت ذلك عادة حتى لو كانت معلومة عند المتبايعان ، جاز البيع بمنزلة الأهلة .

(وهي) أي جهالة الأجل (مفضية إلى المنازعة في البيع لابتنائه) أي لابتناءالبيع، وفي بعض النسخ لابتنائها ، قـــال الأترازي « رح » أنث الضمير الراجع إلى البيـع على تأويل المعاوضة أو الصفقة ، ومـــا قيل الضمير راجع إلى المنازعة فليس بشيء (على المماكسة) أي على المجادلة في النقصان ، والمماكسة موجودة في المبايعة إلى هـــذا الأجل لابتناء المبايعة على المماكسة (إلا إذا كانا) استثناء من قوله فاسد ، أي إلا إذا كان المتبايعان (يعرفانه) أي الأجل .

(لكونه معلوماً عندهمـــا) لارتفاع الجهالة ، ومعرفة غيرهما لا يعتبر لأن الأجل حق لهما .

أو كان التأجيل إلى فطر النصارى بعد ما شرعوا في صومهم لأن مدة صومهم بالأيام معلومة ، فلا جهالة فيه ، قال ولا يجوز البيع إلى قدوم الحاج ، وكذلك إلى الحصاد والدياس والقطاف والجزار ، لانها تتقدم وتتأخر ،

وقال الفقيه أبو الليث في شرح الجامع الصغير ، وفي قول ابن أبي ليلى « رح » جاز البيع إلى هذه الآجال لأن التفاوت قليل ، وقال فخر الدين قاضي خان في شرح الجامع الصغير ، والتوكيل إلى هذه الأوقات يجوز لأن الكفالة عقد تبرع ، ومبنى التبرع على المساهلة ولهذا صحت الكفالة بالمجهول بأن قال ماذا لك على فلان فهو علي ، فجهالة الأجل فيها إذا كانت يسيرة مستدركة ، لا تمنع صحة الاجل ولو كانت غير مستدركة ، كالكفالة إلى هبوب الريح أو إلى أن تمطر السماء صحت الكفالة ولا يصح الاجل ويكون حالاً (أو كان التأجيل إلى فطر النصارى بعدما شرعوا في صومهم لان مدة صومهم بالأيام معلومة) وهي خمسون يوماً كما ذكرنا وإذا كانت معلومة (فلا جهالة فيه) فلا مانع من الجواز (ولا يجوز البيع إلى قدوم الحاج وكذلك إلى الحصاد) أي قطع الزرع ، ويجوز في الحاء الفتح والكسر (والدياس) من الدوس وأصله دواس قلبت الواو بالإنكسار ما قبلها ، والدوس شدة وطىء الشيء بالقدم وفي الحبوب أن يوطىء بقوائم الدواب (والقطاف) قطع العنب عن الكرم ، وقال الكاكي «رح» القطاف بالفتح والقطف بالكسر عقود المعتب [1] (والجزاز) بالزائين المعجمتين من جنى الصوف وغيره إذا قطعه ، قال الكاكي « رح » والمراد هنا وقت جزاز النخل وبه صرح في المبسوط ، وقال فخر الإسلام « رح » في شرح الجامع الصغير الجزالة فيما يجز من الرطاب وكذلك جزاز النخل (لأنها) أي لان أوقات هذه الاشياء (تتقدم وتتأخر) وليس لها وقت معلوم قطعاً وذلك باختلاف الحر والبرد .

---

(١) هكذا وردت في الاصل وأظن أن الصحيح العنب اهـ - مصححه .

ولو كفل إلى هـــذه الاوقات جاز لان الجهالة اليسيرة متحملة في الكفالة ، وهذه الجهالة يسيرة مستدركة لاختلاف الصحابة « رض » فيهـــا ، ولانه معلوم الاصل ألا ترى أنها تحتمل الجهالة في أصل الدين بأن تكفل بما ذاب على فلان ، ففي الوصف بطريق أولى بخلاف البيـــع ، فإنه لا يحتملها في أصل الثمن ، فكذا في وصفه بخلاف ما إذا باع مطلقاً

(ولو كفل إلى هذه الاوقات ، جاز لان الجهالة يسيرة متحملة في الكفالة ، وهـــذه الجهالة يسيرة مستدركة) أي يمكن تداركها وإزالة جهالتها (لاختلاف الصحابة فيها) أى في الحال المذكورة يعني البيـــع اليها فاسد عند عامة الصحابة ، وعن عائشة رضي الله عنها أنها أجازت البيـــع إلى العطاء ، وروى البيهقي « رح » في كتاب المعرفة من طريق الشافعي رضي الله عنـــه أخبرنا ابن عيينة عن عبد الكريم الخدري عن عكرمة عن ابن عباس رضي الله عنهما ، قال لا تبيعوا إلى العطاء ولا إلى الدر ولا إلى الدياس ، وقـــال الاترازى « رح » أجازت عائشة رضي الله عنها البيـــع إلى العطاء محمول عندنا على أنها إنما أجازت ، لان الخلفاء لم يكونوا يخلفون الميعاد فلم يختلف ، فأما بعد ذلك فقد تغير الامر فصار من جنس ما يتقدم ويتأخر .

(ولانه معلوم الاصل) أى ولان الدين في الكفالة معلوم الاصل ، وإنما المجهول وصفه وهو الاجل ، والوصف تابع للأصل ، والجهالة في أصل العين متحملة ، ففي وصفه بطريق الاولى وهو معنى قولـــه (ألا ترى أنها) أى أن الكفالة (تحتمل الجهالة في أصل الدين بأن تكفل بما ذاب) اى بما وجب (على فلان ففي الوصف بطريق الاولى) لان الوصف لا يفترق من الأصل ، فإذا جاز في الأصل الذي هو الأعلى ، ففي الوصف الذي هو الأدنى بالطريق الأولى (بخلاف البيـــع ، فإنه لا يحتملها) أي الجهالة (في أصل الثمن ، فكذا في وصفه) وهو الأجل إذ الوصف لا يخالف الأجل (بخلاف ما إذا باع مطلقاً) أي بدون

ثم أجل الثمن إلى هذه الاوقات ، حيث جاز لان هذا تأجيل في الدين ، وهذه الجهالة فيه متحملة بمنزلة الكفالة ، ولا كذلك اشتراطه في أصل العقد لانه يبطل بالشرط الفاسد ، ولو باع إلى هذه الآجال ثم تراضيا بإسقاط الاجل قبل أن يأخذ الناس في الحصاد والدياس وقبل قدوم الحاج جاز البيع أيضاً ، وقال زفر « رح » لا يجوز لانه وقع فاسداً فلا ينقلب جائزاً ، وصار كإسقاط الاجل في النكاح إلى أجل ، ولنا أن الفساد للمنازعة وقد ارتفع قبل تقرره وهذه الجهالة في شرط زائد

ذكر الأجل (ثم أجل الثمن إلى هذه الأوقات حيث جاز ، لأن هذا تأجيل في الدين ، وهذه الجهالة متحملة فيه بمنزلة الكفالة ولا كذلك اشتراطه) أي اشتراط التأجيل (في أصل العقد لأنه) أي لأن العقد (يبطل بالشرط الفاسد ، ولو باع إلى هذه الآجال ثم تراضيا) أي المتعاقدان (بإسقاط الأجل قبل أن يأخذ الناس في الحصاد والدياس ، وقبل قدوم الحاج جاز البيع أيضاً) وقوله لو باع إلى قوله جاز البيع ، من كلام القدوري « رح » وقوله أيضاً من كلام المصنف « رح » لأنه قال قبل هذا بخلاف ما إذا باع مطلقاً ثم أجل الثمن إلى هذه الأوقات حيث جاز .

(وقال زفر « رح » لا يجوز) أي لا ينقلب إلى الجواز ، وبه قال الشافعي رضي الله عنه في الأصح (لأنه وقع فاسداً فلا ينقلب جائزاً) بإسقاط المفسد (وصار كإسقاط الأجل في النكاح إلى أجل) يعني في النكاح المؤقت بقول زفر « رح » ، هذا على أصلكم لا يصح النكاح إذا سقط الوقت ، وكذا في المسألة المتنازع فيها ، وعند زفر « رح » النكاح إلى أجل جائز والشرط باطل ، وقال الأكمل « رح » وهذا استدلال من جانب زفر « رح » بما لم يقل به وهو ليس على ما يبقى (ولنا أن الفساد) في البيع المذكور (للمنازعة وقد ارتفعت قبل تقرره) أي قبل تقرر الفساد .

(وهذه الجهالة في شرط زائد) وهو جهالة الأجل المفضي إلى المنازعة المانعة من

لا في صلب العقـــد . فيمكن إسقاطه بخلاف ما إذا باع الدرهم بالدرهمين ثم أسقطا الدرهم الزائـد ، لان الفساد في صلب العقد ، وبخلاف النكاح إلى أجل لانـــه متعة وهو عقد غير عقد النكاح ، وقوله في الكتاب ثم تراضيا خرج وفاقا لان من له الاجل يستبد بإسقاطه لانه خالص حقه ، قال ومن جمع بين حر وعبد أو شاة ذكية وميتة بطل البيـع فيهما وهذا عند أبي حنيفة « رح » ، وقال أبو يوسف « رح » ومحمد « رح » إن سمى لكل واحد منهما ثمناً

التسليم والتسلم (لا في صلب العقد) وهو أحد البدلين (فيمكن إسقاطه بخلاف ما إذا باع الدرهم بدرهمين ثم أسقطا الدرهم الزائد) قبل التقرر وقوله ، وهذه الجهالة إلى آخره جواب عما يقال أن الجهالة تقررت في ابتداء العقد فلا يفيد سقوطها ، كما إذا باع الدرهم بالدرهمين ثم أسقطا الدرهم الزائد ، وقد علم الجواب ، وأما القياس على بيع الدرهم بالدرهمين فغير صحيح (لأن الفساد في صلب العقد) يعني في أحد العوضين (وبخلاف النـكاح) هذا أيضاً جواب عن قوله كإسقاط الأجل بيانـه أن النكاح (إلى أجل) يعني إلى وقت (لأنه متعة وهو عقد غير عقد النكاح رأساً) لأن عقد النكاح مندوب إليه ، والمتعـــة منهية فلا يمكن العود إلى النكاح ، عند إسقاط الأجل لعدم عقد النكاح رأساً .

(وقوله) أي قول القدوري « رح » (في الكتاب) أي في مختصره المنسوب إليــه (ثم تراضيا خرج وفاقا) يعني على سبيل الإتفاق (لأن من له الأجل يستبد) أي يستقبل وينفرد (بإسقاطه لأنه خالص حقه) فيختص به (قــال) أي القدوري « رح » (ومن جمع بين حر وعبـــد) أي في البيع (أو شاة) أي أو جمع بين شاة (ذكية وميتة بطل البيع فيهما) أي في الصورتين ولم يذكر القدوري « رح » الخلاف .

وقال المصنف « رح » (وهذا) أي البطلان (عند أبي حنيفة « رح ») يعني باطل مطلقاً سواء وصل الثمن أولا ، وبه قال مالك « رح » والشافعي « رح » في قول ، وأحمد « رح » في رواية (وقال أبو يوسف « رح » ومحمد « رح » إن سمى لكل واحد منهما ثمناً

جاز في العبد والشاة الذكية ، وإن جمع بين عبد ومدبر أو بين عبده وعبد غيره صح البيع في العبد بحصته من الثمن عند علمائنا الثلاثة ، وقال زفر «رح» فسد فيهما ومتروك التسمية عامداً كالميتة والمكاتب، وأم الولد كالمدبر له ، الاعتبار بالفصل الاول إذ محلية البيع منتفية بالاضافة إلى الكل ،

جاز في العبد والشاة الذكية) وبه قال الشافعي رضي الله عنه في قول ، وأحمد « رح » في رواية (وإن جمع بين عبد ومدبر أو بين عبده) أي او جمع في البيع بين عبده (وعبد غيره صح البيع في العبد بحصته من الثمن في قول الثلاثة « رح ») أي في قول أبي حنيفة « رح » وصاحبيه .

(وقال زفر « رح » فسد البيع [1] فيهما) أي في المدبر والعبد جميعاً ، وقيل في الجمعين بين كورين وهو الجمع بين الحر والعبد والجمع بين المدبر والعبد (ومتروك التسمية عامداً كالميتة) هذا عن كلام المصنف « رح » ذكره تفريعاً على كلام القدوري « رح»يعني إذا ضم الذكية مع متروك التسمية يبطل البيع ، ونصب عامداً على الحال عن المقدر تقديره ومتروك تارك التسمية حال كونه عامداً ، وقيد بالعمد لأن بالنسيان لا يضر على ماعرف، فإن قيل متروك التسمية مجتهد فيه فصار كالمدبر فيجب جواز بيعه مع المذكى كبيع القن مع المدبر ، أجيب بأنه ليس مجتهد فيه بل خطأ بين لمخالفة الدليل الظاهر ، وهو قوله تعالى ﴿ ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه ﴾ ١٦١ الأنعام ، حتى أن القاضي إذا قضى بحله لا ينفذ القضاء فكان بمنزلة من جمع بين الحر والعبد في البيع (والمكاتب وأم الولد كالمدبر) يعني إذا ضم المكاتب أو أم الولد مع العبد يصح البيع في العبد بحصته من الثمن (له) أي زفر رحمه الله (الإعتبار بالفصل الأول) يعني الإعتبار بالجمع بين الحر والعبد (إذ محلية البيع منتفية) لأن كون المحل لجواز البيع منتفية (بالإضافة إلى الكل) يعني

---

(١) عند علمائنا — هامش

ولهما أن الفساد بقدر المفسد فلا يتعدى إلى القن ، كمن جمع بين الاجنبية وأخته في النكاح بخلاف ما إذا لم يسم ثمن كل واحد لانه مجهول ، ولابي حنيفة « رح » . وهو الفرق بين الفصلين إن الحر لا يدخل تحت العقد أصلاً لانه ليس بمال ، والبيع صفقة واحدة فكان القبول في الحر شرطاً للبيع في العبد ، وهذا شرط فاسد بخلاف النكاح لانه لا يبطل الفاسد ،

بإضافة انتفاء المحلية إلى الجميع ، وقال تاج الشريعة « رح » أي كل واحد منهما ليس بمحل للبيع .

(ولهما) أي لأبي يوسف ومحمد « رح » (أن الفساد بقدر المفسد) يعني بقدر ما يفسده إذا سمى لكل واحد منهما ثمناً ، إذ الحكم يثبت بقدر دليله والمفسد في الحر كونه ليس بمحل للبيع وهو مختص به (فلا يتعدى إلى القن) كا في المدبر إذا ضم مع العبد(كمن جمع بين الأجنبية وأخته في النكاح) أي في عقد النكاح (بخلاف ما إذا لم يفصل ثمن كل واحد) من الحر والعبد حيث يبطل البيع فيهما جميعاً (لأنه مجهول) أي لجهالة الثمن .

(ولأبي حنيفة رضي الله عنه وهو الفرق بين الفصلين) أي بين فصل الحر وفصل المدبر مع القن (إن الحر لا يدخل تحت العقد أصلاً لأنه ليس بمال والبيع صفقة واحدة) بدليل أن المشتري لا يملك قبول العقد في أحدهما دون الآخر (فكان القبول في الحر شرطاً للبيع في العبد وهذا شرط فاسد) والبيع يبطل بالشرط الفاسد (بخلاف النكاح لأنه لا يبطل الفاسد) .

جواب عن قياسها على النكاح ، وهو قياس بالفارق لأن النكاح لا يبطل بالشرط الفاسد بخلاف المبيع فإنه يبطل ، وقال الأكمل رحمه الله وفيه بحث ، أما أولاً فلأنه إذا بين ثمن كل واحد منهما كانت الصفقة متفرقة ، وحينئذ لا يكون قبول العقد في الحر شرطاً للبيع في العبد ، وأما ثانياً فلأن الشرط الفاسد وهو ما يكون فيه منفعة لأحد المتعاقدين أو للمعقود عليه حتى يكون في معنى الربا ، وليس في قبول العقد في الحر منفعة

وأما البيـــع في هؤلاء موقوف وقـد دخلوا تحت العقد لقيـام المالية ، ولهذا ينعقد في عبد الغير بإجازته ، وفي المكاتب برضـــاه في الاصح ، وفي المدبر بقضاء القاضي ، وكذا في أم الولد عند أبي حنيفـة « رح » وأبي يوسف « رح » ،

لأحدهما أو للمعقود عليه فلا يكون شرطاً فاسداً ، وأما ثالثاً فلأن قبول العقد في الحر إنما يكون شرطاً لقبول العقد في العبد إذا صح الايجاب فيهما لئلا يتضرر البائع بقبول العقد في أحدهما دون الآخر ، ولم يوجد فيما نحن فيه فصار كالجمع بين العبد والمدبر ، وأجيب عن الأول بأن الصفقة متحدة في مثله إذا لم يكن البيـع أو الشراء ، وعن الثـــاني بأن في قبول العقد في الحر منفعة للبائع فإنه إذا باعهما بألف والحر ليس بمال يقابله بدل ، فكأنه قال بعت هذا العبد بخمس مائة على أن تسلم أي خمس مائة أخرى فينتفع بفضل مال عن العوض في البيـع وهو الربا ، والثالث بأن الإيجاب إذا صح فيهما صح العقد والشرط جميعاً فلا يكون فيما نحن فيه ، وإذا ظهر هذا ظهر الفرق بين الفصلين ، وثم جواب زفر «رح» عن التزيد بينهما .

(وأما البيـــع في هؤلاء موقوف) متصل بقوله أن الحر لا يدخل تحت العقد ، وأراد بهؤلاء المدبر والمكاتب وأم الولد وعبد الغير (وقد دخلوا تحت العقد لقيام المالية) فإنهـا باعتبار الرق والتقويم وهما موجودان ، ولكن حكم البيـــع لا يثبت فيهم بل يرد صيانـة لحقهم ، ولهذا لا يخرجون من أن يكونوا محلاً للبيـــع .

(ولهذا) أي ولكون بيـع هؤلاء موقوفاً (ينعقد) البيـع (في عبد الغير بإجازته) أي في إجازة الغير وهو مولاه (وفي المكاتب) أي ينعقد البيـــع في المكاتب (برضاه في الاصح) إحترز به عما روى في النوادر عن أبي حنيفة وأبي يوسف « رح » ، إنه لا يصح (وفي المدبر) أى ينعقد البيـــع في المدبر (بقضاء القاضي) فإنه إذا قضى ببيـــع المدبر فأنه يجوز .

(وكذا) أى وكذا يجوز (في أم الولد) اى في بيعها (عنـــد أبي حنيفة وأبي

إلا أن المالك باستحقاقه المبيـــع وهؤلاء باستحقاقهم أنفسهم ردوا البيـــع فكان هذا إشارة إلى البقاء ، كما إذا اشترى عبدين وهلك أحدهما قبل القبض وهذا لا يكون شرط القبول في غير المبيع ولا بيعاً بالحصة ابتداء ،

يوسف « رح ») خلافاً لمحمد « رح » وكان فيه اختلاف بين الصحابـة رضي الله عنهم ، فعمر رضي الله عنه لم يجوزه ، وعلى رضي الله عنه جوزه ، ثم من بعدهم من السلف أجمعوا على عدم جواز بيعها ، فالحاصل أن إجماع المتـأخرين مع الاختلاف المتقدم ، فعندهما لا يرفع إذ ليس لاجماع التابعين من القوة ما يرفع خلاف الصحابة ، فكان قضى في مجتهـد فيه فينفذ ، وعند محمد « رح » يرفع فكان القضاء مخالفاً للإجماع فلاينفذو المسألة أصولية، فإن قيل كيف يصح قوله موقوف ، وقـــد قال في أول الباب وبيــع أم الولد والمدبر والمكاتب باطل فالجواب أنه بـاطل ، إذا لم يجز للمكاتب ولم يقض القاضي بجواز بيــع المدبر وأم الولد يدل على ذلك تمام كلامه هناك .

(إلا أن المالك) استثناء من قوله دخلوا تحت العقد،يعني أن المالك (باستحقاقه المبيع) وهو العبد الذي كان للغير (وهؤلاء) أى المدبر والمكاتب وأم الولد (باستحقاقهم أنفسهم ردوا البيع) وقال تاج الشريعة « رح » لان المالك إلى آخره جواب من يقول لـــا دخل هؤلاء تحت العقد لقيام المالية ينبغي أن لا يكون بيع هؤلاء فاسداً ، فأجاب بقوله إلا أن المالك إلى آخره يعني أن البيع الموقوف إذا رد من له ذلك بطل ، وهنا كذلك فإن المالك وهؤلاء ردوه ، ولهم ذلك لاستحقاق المالك واستحقاق هؤلاء أنفسهم (فكان هذا) أى الوجه بالإستحقاق بعد الدخول (إشارة إلى البقاء) أى بقـاء البيع لأن الرد بالإستحقاق لا يكون إلا في البقاء فكان (كما إذا اشترى عبدين وهلك أحدهماقبل القبض) فإن العقد يبقى في الباقي بحصته من الثمن بقاء الابتداء .

(وهـــذا) أى الجمع بين القن وأحد المذكورين (لا يكون شرط القبول في غير المبيع ولا بيعاً) أى ولا يكون بيعاً (بالحصة ابتداء) بعدمـــا ثبت دخولهم في البيع

ولهـــذا لا يشترط بيانـــ ثمن كل واحد فيه

فصل في أحكامه

وإذا قبض المشتري المبيع في البيع الفاسد بأمر البائع ، وفي العقد عوضان كل واحد منهما مال ، ملك المبيع ولزمته قيمته ،

(ولهذا لا يشترط) حالة العقد (بيان ثمن كل واحد) من العبد والمدبر (فيه) أي فيما إذا جمع بين القن والمدبر أو عبـــد غيره ، وفي الكافي ولو جمع بين وقف وملك وأطلق صح في الملك في الأصح . ولو باع كرماً في مسجد قديم إن كان عامراً نقد البيع وإلا فلا وكذا في المعتبر .

(فصل في احكامه)

أى هـــذا فصل في بيان أحكام البيع الفاسد (وإذا قبض المشترى المبيع في البيع الفاسد) إنما عبر بالفاسد لأن الباطل لا يفيد شيئاً (بأمر البائع) أى بإذنــه صريحاً أو دلالة بأن يقبضه في المجلس بحضرته ، فإن لم يقبضه بحضرة البائع لم يملكه ، بخلاف الصريح فانه يفيده مطلقاً .

(وفي العقد عوضان كل واحد منهما) يعني مالاً قيد به لفائدة وهي أنه إذا كان أحد العوضين أو كلاهما غير مـــال فالبيع باطل ، كالبيع بالميتة والدم ، وبالحر والبيع بالخمر والخنزير فاسد كما ذكره المصنف في أول باب البيع الفاسد ، وفي هـــذا الفصل شرع في بيان حكمهـــا وهو القبض ، فقال وإذا قبض المشترى المبيع في البيع الفاسد إلى آخره .

ثم ذكر خلاف الشافعي رضي الله عنه بما يدل على أنه لا يفرق بين الفاسد والباطل على ما نقف عليه الآن إن شاء الله تعالى (مال ملك المبيع ولزمته قيمته) أي قيمة المبيع وهو قول عامة المشايخ « رح » ، سوى أهل العراق فإنهم قالوا إن المشتري في البيع الفاســد بالقبض يملك التصرف ولا يملك المبيع ، إستدلالاً بما قال في كتاب البيوع إن المشتري إذا اعتقه جاز عتقه ، وكان الولاء له لا للبائع لأن البائع سلطه على ذلك ولهذا لو كان المبيع

وقال الشافعي « رح » لا يملكه ، وإن قبضه لأنه محظور فلا ينال به نعمة الملك، ولأن النهي نسخ للمشروعية للتضاد ، ولهذا لا يفيده قبل القبض وصار كما إذا باع بالميتة أو باع الخمر بالدراهم ،

جارية لا يجوز للمشتري وطئها ، ولو كان داراً لا يجوز فيها الشفعة للشفيع ، وقال الفقيه أبو الليث « رح » وهذا ليس بصحيح ، بل المشتري يملك عين المبيع في قول علمائنا ، بدليل أن المبيع ولو كان داراً فقبضها فبيعت دار أخرى بجنبها ، فللمشتري أن يأخذ الدار بالشفعة ولو لم يملك عين الدار لم يجب له الشفعة ، ولو كان المبيع جارية فقبضها ثم ردها على البائع وجب الإستبراء ، وإنما لم يجز للمشتري أن يطأها لأنه وجب عليه ردها لئلا يكون مصراً على المعصية فاستعماله بالوطيء أعراض عن الرد ، فلهذا المعنى لم يجز لا لعدم الملك ، وإنما لم يجب فيها الشفعة لأن حق البائع لم ينقطع عنها .

وقال في شرح الطحاوي والاصل في البيع الفاسد أن كل ما يملك بالبيع الجائز يملك بالبيع الفاسد إذا اتصل به القبض بإذن البائع ، وكل مالا يملك بالبيع الجائز لا يملك بالبيع الفاسد ، بيانه من اشترى من رجل عبداً بخمر أو خنزير وتقابضا وهما مسلمان ملك المشتري العبد إذا قبضه بإذن البائع ، ولا يملك الآخر الخمر والخنزير ، وكذلك لو اشترى من رجل عبداً بمدبر أو مكاتب أو بأم ولد وتقابضا ملك المشتري إذا قبضه بإذن البائع ومشتري المدبر والمكاتب وأم الولد لا يملك ، وإن قبض بإذن البائع ، وكذلك لو اشترى من رجل عبده بمال الغير بغير إذن صاحبه وتقابضا ملك مشتري العبد ، ولا يملك الآخر ما قبض حتى يجيز ماله البيع فيه .

(وقال الشافعي رضي الله عنه لا يملكه ، و إن قبضه) وبه قال مالك وأحمد رضي الله عنهما (لانه محظور) أي حرام (فلا ينال به نعمة الملك ولان النهى نسخ للمشروعية للتضاد) أي بين النهي والمشروعية ، إذ النهي يقتضي القبح ، والمشروعية تقتضي الحسن وبينهما منافاة (ولهذا) أي ولاجل ذلك (لا يفيده) أي الملك (قبل القبض وصار كما إذا باع بالميتة أو باع الخمر بالدراهم) وقبضها المشتري لا يفيد الملك

ولنا ان ركن البيع صدر من أهله مضافاً إلى محله فوجب القول بانعقاده ولا خفاء في الأهلية والمحلية وركنه مبادلة المال بالمال ، وفيه الكلام والنهي يقرر المشروعية عندنا لاقتضائه التصور ، فنفس البيع مشروع وبه تنال نعمة الملك ، وإنما المحظور ما يجاوره كما في البيع وقت النداء

(ولنا أن ركن البيع) أي ركن البيع الفاسد وهو البيع بالخمر أو الخنزير ، وفيه مبادلة المال بالمال بالتراضي (صدر من أهله) وهو كونه عاقلاً بالغاًحال كونه (مضافاً إلى محله) لان المبيع فيه مال والثمن مال من وجه لميلان طباع الناس إلى الخمر والخنزير غير أنه ليس بمتقوم ولاهانة الشرع ، فلما كان الثمن مالاً من وجه دون وجه لم يبطل البيع بل فسد ، فإذا كان كذلك (فوجب القول بانعقاده) لوجود شرائط .

(ولا خفاء في الأهلية والمحلية وركنه مبادلة المال بالمال وفيه الكلام) جواب سؤال مقدر بأن يقال سلمنا بأن ركن البيع مبادلة المال ، ولكن لم قلت إنه موجود ، فأجاب بقوله وفيه الكلام يعني كلامنا فيما إذا وجد الركن لان الركن الذي هو المبادلة موجود في جميع البيوع الفاسدة .

(والنهي يقرر المشروعية) وهذا جواب عما يقال ، قد يكون النهي مانعاً ، فأجاب بقوله والنهي يقرر المشروعية (عندنا لاقتضائه التصور) ليكون النهي عما يكون ليكون العبد مبتلى بين أن يترك باختياره فيثاب ، وبين أن يأتي به فيعاقب عليه (فنفس البيع مشروع وبه) أي وبالبيع (تنال نعمة الملك) لكن لابد فيه من قبح مقتضى النهي ، فجعلناه في وصفه مجاوراً وهو معنى قوله (وإنما المحظور ما يجاوره كما في البيع وقت النداء) يعني يوم الجمعة فجعل وصفه عملاً بالوجهين،فإن قيل المحظور وقت النداء مجاور ، وأما في المتنازع فيه من قبيل ما اتصل به وصفاً ، فلا يكون قوله كما في البيع وقت النداء صحيحاً ، وأيضاً الحكم هناك الكراهة ، وفي المتنازع فيه الفساد ، وأجيب بأن غرض المصنف في ذكر المجاورة بيان أن المحظور ليس لمعنى في عين النهي

وإنما لا يثبت الملك قبل القبض كيلا يؤدي إلى تقرير الفساد المجاور ، إذ هو واجب الرفع بالاسترداد ، فبالامتناع عن المطالبة اولى

عنه كما زعمه الخصم ، والمجاور جمعاً والمتصل وصفاً سيبان فيصبح قياس أحدهما على الآخر ، وبان عرضه أن الحكم المنهى عنه ليس البطلان كما يدعيه الخصم ، والكراهة والفساد يشتركان في عدم البطلان .

(وإنما لا يثبت الملك قبل القبض) جواب عن قول الشافعي رحمه الله ولهذا لا يبيعه قبل القبض ، بيانه أن البيع الفاسد لا يثبت الملك قبل القبض للمبيع .

(كيلا يؤدي إلى تقرير الفساد المجاور) أي عن جهة الشارع لأن البيع الفاسد منهى عنه ،ولو ثبت الملك قبل القبض يكون والتسلم والتسليم واجباً شرعاً،فيكون الشارع آمراً وناهيـاً في شيء واحد وهذا لا يجوز ، فإن قيل لو ثبت الملك بعد القبض يلزم تقربة الفساد أيضاً قلنا لو ثبت قبل القبض يكون الفساد مضافاً إلى نفس البيع .

والبيع شرع الله تعالى فيكون الفساد مضافاً إلى الشارع ، ولا كذلك بعد القبض لان الملك مضافاً إلى القبض والقبض يوجب الضمان كما في المقبوض على سوم الشراء فكان تقرير الفساد مضافاً إلى العبد ، كذا نقل عن القاضي الارسابندي وقيل لان الفاسد لو ثبت قبل الملك قبل القبض وبعده لكان مساوياً للصحيح ، ولو ألغينا الملك به لكان مساوياً للباطل فأثبتنا الملك بعد القبض به عملاً بالدليلين وفيه نوع تأمل لان الفاسد والباطل متساويان عند الخصم .

(إذ هو) تعليل كقوله كيلا يؤدي إلى تقرير الفساد المجاور ، أي لان البيع الفاسد (واجب الرفع بالاسترداد) أي بطلب رد المبيع من يد المشتري فلا جرم لم يفد الملك قبل القبض (فبالامتناع عن المطالبة أولى) يعني أن البيع الفاسد إذا أفاد الملك بالقبض يجب استرداد المبيع من يد المشتري رفعاً للفساد واجتناباً عن المعصية ، فبامتناع المشتري عن مطالبة تسليم المبيع منع الفساد أولى من رفع الفساد بالاسترداد ، ولان الدفع أسهل من الرفع .

ولأن السبب قد ضعف لمكان اقترانه بالقبيح فيشترط اعتضاده بالقبض في إفـــادة الحكم بمنزلة الهبة، والميتة ليست بمال فانعدم الركن ، ولو كان الخمر مثمناً فقـــد خرجناه ، وشيء آخر وهو أن في الخمر الواجب هو القيمة وهي تصلح ثمناً له لا مثمناً ، ثم شرط أن يكون القبض بإذن البائع وهو الظاهر ،

(ولان السبب قد ضعف) دليل ثان على عدم ثبوت الملك قبل القبض، يعني أن السبب وهو البيع الفاسد قد ضعف (لمكان اقترانه بالقبيح) وهو النهي عنه فلاجل هذا لم يفد الملك (فيشترط اعتضاده) أي تقويته (بالقبض في إفادة الحكم بمنزلة الهبة)في احتياجها إلى ما بعضه العقد من القبض .

(والميتة ليست بمال) جواب عن قياس الخصم المتنازع فيه على البيع بالميته ، تقريره أن الميتة ليست بمال وما ليس بمال لا يجوز فيه البيع لفوات ركنه وهو معنى قوله (فانعـــدم الركن) فلا ينعقد العقد فالقيـــاس فاسد (ولو كان الخمر مثمناً فقد خرجناه) هذا جواب لقوله ، أو باع الخمر بالدرهم يعني ذكرنا تخريجه في أوائل باب البيع الفاسد ، وأراد به ماذكره ثمة لقوله ، وأما بيع الخمر والخنزير إن كان بالدين كالدراهم والدنانير فالبيع باطل ، وإن كان قوبل بعين فالبيع فاسد حتى يملك ما يقابله إلى آخره (وشيء آخر) أي دليل آخر سوى ما ذكرنا هناك (وهو أن في الخمر الواجب هو القيمة) لاعين الخمر لان المسلم ممنوع عن تسليم الخمر وتسلمها (وهي) أي الخمر (تصلح ثمناً لا مثمناً) اي مبيعاً ، فلو قلنا بانعقاد المبيع في هذه الصورة جعلنا القيمة مثمناً، اذ كل عين في مقابلة الدراهم والدنانير في البيع مثمن لتعينها الثمنية خلقة وشرعاً ومـــا عهد في صورة من صورة البياعـــات أن تكون القيمة مثمناً ، لانه يؤدي إلى تغيير المشروع .

(ثم شرط) أي القدوري « رح » (أن يكون القبض بإذن البائع) حيث قال وإذا قبض المشتري المبيع في البيع الفاسد بأمر البائع (وهو الظاهر) أي ظاهر الرواية

إلا أنه يكتفى به دلالة ، كما إذا قبضه في مجلس العقد استحساناً وهو الصحيح لأن البيع تسليط منه على القبض ، فإذا قبضه بحضرته قبل الافتراق ولم ينهه كان بحكم التسليط السابق ، وكذا القبض في الهبة في مجلس العقد يصح استحساناً وشرط أن يكون في العقد عوضان كل واحد منهما مال ليتحقق ركن البيع وهو مبادلة المال بالمال فيخرج عليه البيع بالميتة والدم والحر والريح ، والبيع مع نفي الثمن ،

(إلا أنه يكتفى به) أي بالإذن (دلالة) أي من حيث الدلالة (كما إذا قبضه) أي المشتري (في مجلس العقد استحساناً) أي يصح من حيث الإستحسان (وهو الصحيح) أي الإستحسان هو الصحيح ، واحترز به عما ذكره صاحب الإيضاح وسماه الرواية المشهورة ، فقال وما قبضه بغير إذن البائع في البيع الفاسد فهو كما يقبض ، وأشار إلى وجه الصحيح بقوله (لأن البيع تسليط منه) أي من البائع (على القبض فإذا قبضه بحضرته) أي بحضرة البائع (قبل الافتراق ولم ينهه) أي البائع لم ينه المشتري عن القبض (كان) أي القبض (بحكم التسليط السابق) فيكتفي به (وكذا القبض في الهبة في مجلس العقد يصح استحساناً) يعني يكتفي بسكوت الواهب وعدم نهية الموهوب له عن القبض استحساناً أي من حيث الاستحسان .

(وشرط) أي القدوري « رح » وفي بعض النسخ ويشترط (أن يكون في العقد عوضان كل واحد منهما مال ليتحقق ركن البيع ، وهو مبادلة المال بالمال فيخرج عليه) أي على قول القدوري (البيع بالميتة والدم والحر والريح) بأن قال بعت هذا الشيء بالريح الشمالي الذي يأتي من هذا الجانب ، وذلك المكان ملك المشتري ، وفي الذخيرة صورته بأن يكون لانسان ظرف منقوح فاشترى بذلك الريح الذي في ذلك الظرف ويجعلها في ظرف احترز له (والبيع مع نفي الثمن) أي في رواية لأنه إذا نفاه فقد الركن عن العقد فلم يكن بيعاً ، وفي رواية ينعقد بيعاً لأن نفيه لا يصح ، إذ البيع مشتمل على العوضين ومايشتمل على عوضين فهو هبة وصدقة ، وإذا لم يصح صار كأنه سكت عن ذكر الثمن ، فلو باع

وقوله لزمته قيمته في ذوات القيم ، فأما في ذوات الأمثال يلزمه المثل لأنه مضمون بنفسه بالقبض ، فشابه الغصب وهذا لأن المثل صورة ، ومعنى أعدل من المثل معنى ، قال ولكل واحد من المتعاقدين فسخه رفعاً للفساد ، وهذا

وسكت عن ذكر الثمن ينعقد البيع فاسداً ويثبت الملك بالقبض لأنه مطلق العقد يقتضي المعاوضة ، فإذا سكت كان عوضة قيمة وكأنه بقيمته فيفسد البيع .

(وقوله) أي قول القدوري « رح » (لزمته قيمته في ذوات القيم) كالحيوانات والعدديات المتفاوتة (فأما في ذوات الأمثال) كالمكيلات والموزونات والعدديات غير المتفاوتة (يلزمه المثل لأنه مضمون بنفسه بالقبض) واحترز به عن البيع الصحيح ، وقالوا جميعاً فالمرجوع في قيمته أو المثل ، أي قول المشتري لأنه هو الذي يلزمه الضمان ، فالقول قوله واليمينة للبائع ، كذا في شرح مختصر الكرخي (فشابه الغصب) والحكم في الغصب كذلك (وهذا) أي وجوب المثل في ذوات الامثال (لان المثل صورة ومعنى أعدل من المثل معنى) وهو القيمة لانه إنما يضاف إليها عند العجز عن المثل صورة ومعنى وإنما لم يلزم الثمن حتى لا يلزم تقرير البيع الفاسد .

(قال) أي القدوري « رح » (ولكل واحد من المتعاقدين فسخه) أي حق فسخ البيع الفاسد .

(رفعاً للفساد) وقال الاترازي « رح » رفعاً للفساد بالراء لا بالدال ، كذا السماع وذلك أن رفع الشيء إنما يكون بعد وقوع ذلك الشيء ودفعه يكون قبل وقوعه ، والفساد هنا واقع فكان المسموع هو الصحيح ، قلت نسخة شيخي أيضاً بالراء ، ولكن قوله ودفعه يكون قبل وقوعه ، والفساد فيه تأمل لان الدفع بحسب اللغة لا يختص بالقرب والبعد وكيلا لا يقع بتصرفه على المشترى مكروهاً أو حراماً ، فقال في الايضاح ويكره للمشترى أن يتصرف فيه بتمليك أو انتفاع لان الفسخ مستحق حقاً لله تعالى لان إعدام الفساد واجب والتصرف فيه تقرير الفساد (وهذا) أي كون حق الفسخ

قبـل القبض ظاهر لأنه لم يفد حـكمه ، فيـكون الفسخ امتناعاً منــــه ، وكذا بعد القبض إذا كان الفساد في صلب العقد لقوته ، وإن كان الفساد بشرط زائد فلمن له الشرط ذلك دون من عليه لقوة العقد ، إلا انه لم يتحقق المراضاة في حق من له الشرط ، قـــال فإن باعه المشتري نفذ بيعه لأنه ملـكه ، فملك التصرف فيه

لكل منهما (قبل القبض ظاهر لانه) أى لان البيـع الفاسد (لم يفد حـكمه) وهو الملك (فيكون الفسخ امتناعـــاً منه) أى من الحكم (وكذا بعد القبض) لكل واحد منهما فسخه .

(اذا كان الفساد في صلب العقد)أى في البدل أو المبدل كبيـع درهم بدرهمين وبيـع ثوب بخمر (لقوته) أى لقوة الفساد ، ففي الصورتين يملك فسخه بحضرة صاحبة عندهما لانه إلزام موجب الفسخ ،ولا يلزمه الا بعلمه وعند أبي يوسف « رح » بغير حضرته أيضاً .

(وإن كان الفساد بشرط زائد) بأن باعه على أن يقرضه أو يهبه ، كذا أو باعه إلى أجل مجهول (فلمن له الشرط ذلك) والنسخة الصحيحة فلمن له الشرط ذلك أى الفسخ ومن له الشرط أى منفعة الشرط هو البائع في صورة الاقراض والمشترى في صورة الاجل (دون من عليه لقوة العقد) دليل قوله دون من عليه ، يعني أن فسخ من عليه لا يجوز لان العقد قوى لان الشرط دخل في أمر زائد لا في صلب العقد .

(إلا أنه) استثنى من قوله لقوة العقد يعني أن العقد لما كان قوياً كان القياس أن لا يفسخ من له الشرط أيضاً إلا أنه (لم يتحقق المراضاة في حق من له الشرط) فله أن يفسخه وقال الكاكي « رح » إلا أنه إلى آخره جواب سؤال يرد على قوله لقوة العقد ، يعني لما كان العقد قوياً ينبغي أن لا يكون لأحد ولاية الفسخ .

(قـــال) أي القدوري « رح » (فإن باعه المشتري) أي الذي اشترى بالشراء الفاسد (نفذ بيعه لأنه ملـكه) بالقبض (فملك التصرف فيه) سواء كان بيعاً أو هبة أو إعتاقاً ،غير أنه لا يحل له الأكل ،إن كان مأكولاً ،وإن كانت جارية لا يحل له وطيها ، كذا في

وسقط حق الإسترداد لتعلق حق العبد بالثاني ، ونقض الأول لحق الشرع ، وحق العبـــد مقدم لحاجته ولأن الأول مشروع بأصله . دون وصفه ، والثـــاني مشروع بأصله ووصفه فلا يعارضه مجرد الوصف ، ولأنه

شرح الطحاوي « رح » وقال شمس الأئمة الحلواني يكره له الوطىء ولا يحرم ، كذا في الفتـــاوى الصغرى وفي شرح الطحاوي ، وإذا باعه المشتري ليس للبائع إبطاله ، وعلى المشتري القيمة أو المثل ، إن كان مثلياً ويطيب ذلك الملك الثاني لأنه ملكه بعقد صحيح بخلاف المشتري الأول لأنه لا يحل له ولا يطيب لأنه ملكه بعقد فاسد .

ولو كان المبيع جارية فاستولدها المشتري صارت أم ولد له ويغرم القيمة ولا غرم العقر في رواية كتاب البيوع ، وفي رواية كتاب الشرب عليـــه العقر ولو رهن المشترى المبيـع صح الرهن وليس للبائع إبطاله ،وإن فكه المشتري قبل أن يقضي عليه بالقيمة فإنه يرد على البائع إبطاله ، وإن فكه بعد ما قضى عليه بالقيمة فلا سبيل له على المبيـع ، وإن أجره صحت الإجـارة غير أن للبائع أن يبطلها ويسترد المبيـع (وسقط حق الإسترداد لتعلق حق العبد بالثاني) أي لتعلق حق المشتري الثاني بالعقد الثاني (ونقض الأول) أي البيـع الأول (لحق الشرع) من جهة الفساد فيه وحق الشرع إذا اجتمع مع حق العبد يقدم حق العبد وهو معنى قوله (وحق العبد مقدم عليه لحاجته) لأن الله تعالى غني فالعفو عنه أرجى بخلاف حق من الغاصب لأنه تعلق به حق المغصوب منه ، وكلاهما حق العبد خير حج حق المغصوب منه لأنه أسبق ، كذا في المبسوط .

(ولأن الأول) هذا دليل على سقوط حق الاسترداد للبائع بعد بيـع المشتري من غيره يعني أن البيـع الأول (مشروع بأصله) لأنه لا فساد في أصل البيـع (دون وصفه)لدخول الفساد فيه (والثاني) أي البيـع الثاني (مشروع بأصله ووصفه) لأنه لا فساد فيهما جميعاً (فلا يعـارضه مجرد الوصف) أي فلا يعارض المشروع بأصله ووصفه ، المشروع بمجرد الوصف حاصله أن الفاسد لا يعارض الصحيح (ولأنه) هذا دليل ثالث على سقوط حق

حصل بتسليط من جهة البائع بخلاف تصرف المشتري في الدار المشفوعة ، لأن كل واحد منهما حق العبد ويستويان في المشروعية وما حصل بتسليط من الشفيع ، قال ومن اشترى عبداً بخمر أو خنزير فقبضه وأعتقه أو باعه أو وهبه وسلمه فهو جائز ، وعليه القيمة لما ذكرنا أنه ملكه بالقبض فينفذ تصرفاته ، وبالإعتاق قد هلك

الاسترداد بعد بيع المشتري ، أي ولأن البيع الثاني (حصل بتسليط من جهة البائع) حيث كان القبض بإذنه فاسترداده نقص ما لم من جهته [كذا] وذلك باطل ، فإن قلت هذا المعنى وهو التسليط وجد بيع المشتري أيضاً ، ومع هذا لكل واحد من المتعاقدين فسخة إعداماً للفساد فانتقض العلة ، قلت معناه حصل بتسليط من جهة البائع وقد تعلق به حق الثالث فبطل السؤال .

(بخلاف تصرف المشتري) هذا جواب عما يقال ، لو كان تعلق حق الغير بالمشتري مانعاً من نقض التصرف لم ينتقض تصرفات المشتري في الدار المشفوعة من البيع والهبة والبناء غيرها لتعلق حقه بها ، لكن للشفيع أن ينقضها وتقرير الجواب ما قاله من قوله بخلاف تصرف المشتري (في الدار المشفوعة لأن كل واحد منهما) أي من حق الشفيع وحق المشتري (حق العبد فيستويان في المشروعية ، وما حصل تسليط من الشفيع) أي لم يوجد التسليط من الشفيع لأن التسليط إنما يثبت بالاذن أو بإثبات الملك المطابق للتصرف ، ولم يوجد من الشفيع شيء من ذلك فكان له الاسترداد .

(قال) أي قال محمد في الجامع الصغير (ومن اشترى عبداً بخمر أو خنزير فقبضه) بإذن البائع (وأعتقه أو باعه أو وهبه وسلمه فهو جائز) أى هذا لأنه كره أن يغير لفظ محمد رحمه الله (وعليه القيمة لما ذكرنا) فيما تقدمه (أنه ملكه بالقبض فينفذ تصرفاته) وأصل المسألة أن البيع الفاسد يفيد الملك عند اتصال القبض بالاذن عند أصحابنا ، خلافاً للشافعي رضي الله عنه وقد مر بيان ذلك فيما مضى (وبالاعتاق قد هلك) أي لم يبق

فتلزمه القيمة ، وبالبيــع والهبة انقطع حق الإسترداد على ما مر ، والكتابة والرهن نظير البيع لأنهما لازمان ، إلا أنــه يعود حق الاسترداد بعجز المكاتب وفك الرهن لزوال المانع ، وهذا بخلاف الإجارة لأنها تفسخ بالأعذار ، ورفع الفساد عذر ولأنهــا تنعقد شيئاً فشيئاً فيكون الرد امتناعاً .

مالية بالعتق (فتلزمه القيمة ، وبالبيع والهبة قد انقطع حق الاسترداد على ما مر)أشار به إلى قوله لتعلق العبد الثاني ، وهو المشتري الثاني .

(والكتــابة والرهن نظير البيع لأنهما لازمان) فإن الرهن إذا اتصل بالقبض صار لانه مافي حق الراهن، كالكتابة في حق المولى (إلا أنه يعود حق الاسترداد بعجز المكاتب وفك الرهن لزوال المانع) وهوتعلق حق العبد قبل وليس في تخصيصهما في عود الاسترداد زيادة فائدة لإثبات في جميع الصور إذا انتقض التصرفات حتى لو رد المبيع بعيب قبل القضــاء بالقيمة أو رجع الواهب في هبته عاد للبائع ، ولأنه الإسترداد لعود قديم ملكه إليه ثم عود حق الإسترداد في جميع الصور ، إنما يكون إذا لم يقض على المشتري بالقيمة وأما إذا كان بعد القضاء بذلك عند تحول الحق إلى القيمة فلا يعود إلى الغير كما إذا قضى على الغاصب بقيمة المغصوب الأبق ثم عاد .

(وهذا) أي انقطاع الإسترداد بالتصرفات المذكورة (بخلاف الاجارة) فإن حق الاسترداد فيهــا لا ينقطع (لأنها تفسخ بالأعذار ، ورفع الفساد عذر) من أقوى الأعذار ، وفي الذخيرة والمبسوط لا يبطل حق الاسترداد بالاجار والنكاح ، لأن الاجارة عقد ضعيف يفسخ بالأعذار ، وقيام حق الشرع في الرد إفساد السبب من أقوى الأعذار فيفسخ به ألا ترى أن المشتري لو أجر المبيع ثم وجد به عيباً كان له فسخ الاجارة للرد بالعيب ، فهذا أولى ولم يذكر محمد « رح » من يفسخ الاجارة ، وذكر في النوادر أن القاضي يفسخها (ولأنها) أي ولأن الاجارة (تنعقد شيئاً فشيئاً فيكون الرد امتناعاً) يعني أن الاجارة تنعقد على المنافع وهي تحدث شيئاً فشيئاً ، إلا أن العين أقيمت مقام

قال وليس للبـــائع في البيع الفاسد أن يأخذ المبيع حتى يرد الثمن ، لأن المبيع مقابل به فيصير محبوساً به كالرهن ، وإن مات البائع فالمشتري أحق به حتى يستوفي الثمن لأنه يقدم عليه في حياتـــه ، فكذا على ورثته وغرمائه بعد وفاته كالراهن ، ثم إن كانت دراهم الثمن قائمة يأخذها بعينها لأنها تتعين في البيع الفاسد ، وهو الأصح

المنفعة ففي أي وقت رد العقد كان الرد امتناعاً من انعقاد العقد في حق المنفعة التي تحدث بعده لعدم الضروره ، فلا يكون فيه رفع العقد الثابت .

(قال) أي محمد « رح » في الجامع الصغير (وليس للبائع في البيع الفاسد أن يأخذ المبيع حتى يرد الثمن) الذي أخذه ،قال الأترازي قولهحتى يرد الثمن أي القيمة أخذها من المشتري ، ذكرها بعض الشارحين وفيه نظر لأن القيمة إنما تجب في البيع الفاسد إذا هلك المبيع وهنا المبيع قائم ، وإنما أثبت محمد « رح » أسم الثمن ، وإن كان البيعفاسد التصور بصورة الثمن حيث قوبل بالمبيع ، قلت أراد ببعض الشارحين السغناقي رحمه الله لأنه قال هكذا فراراً عن المجاز ، وقال الامام التمرتاشيهذا الحكمليس بخصوص البيع الفاسد بل هذا الحكم ثابت فيالإجارة الفاسدة والرهن الفاسد والقرض الفاسد إعتباراً بالعقد الجائز إذا تفاسخا ، لأن هذه عقود معاوضة فيوجب السويه بين البدلين (لأن المبيع مقابل بـــه) أي بالثمن الذي أعطاه المشتري (فيصير محبوســاً به) أى بالثمن (كالرهن) بالدين لكنه يفارقه من وجه آخر ، وهو أن الرهن مضمون بقدر الدين لا غير ، وههنا المبيع مضمون الثمن بجميعقيمته كما في الغصب (وإن مات البائع فالمشترى أحق به) أي بالمبيع (حتى يستوفي الثمن لأنه يقدم عليه) أى على البائع (في حياته فكذا) يقدم (على ورثته وغرمائه بعد وفاته كالراهن) فإنه إذا مات ولهورثة وغرماء فالمرتهن أحق بالرهن من الورثة والغرماء حتى يستوفي الدين .

(ثم إذا كانت دراهم الثمن قائمة يأخذها بعينها لأنها تتعين) بالتعيين (في البيع الفاسد وهو الأصح) إحترز به عن رواية أبي حفص « رح » فإنه قال لا يتعين كما في

لأنه بمنزلة الغصب ، وإن كانت مستهلكة أخذ مثلها لما بينا ، قال ومن باع داراً بيعـــاً فاسداً ، بناها المشتري فعليه قيمتها عند أبي حنيفة « رح» ، رواه يعقوب « رح » عنه في الجامع الصغير ثم شك بعد ذلك في الرواية ،

البيع الجائز ، وقال علاء الدين العالم « رح » في طريقة الخلاف والمختار عدم التعيين يعني في العقود الفاسدة ، وإليه ذهب فخر الاسلام والصدر الشهيد « رح » لأن البيع الفاسد في حكم النقض والاسترداد .

ثم كما تتعين الدراهم والدنانير في العقود الفـــاسدة فتعين في الوديعة والغصب والهبة والوصية في المضـــاربة والشركة قبل القبض والتسليم ، وقال الامام البزدوي « رح » في جامعه إنما يتعين الدراهم والدنانير في البيع الفاسد إذا كان البيع الفاسد صريحاً لا يتعين ألا ترى أن البيع الفـــاسد بمنزلة الغصب وكان الثمن في يد البـــائع بمنزلة المغصوب ، والدراهم المغصوبه تتعين حتى وجب رد فيها ، إن كان قائما وبه صرح الامام قاضي خان (لانه) أي لان الثمن (بمنزلة الغصب) لانـــه مضمون بالقبض كالغصب (وإن كانت مستهلكة أخذ مثلها لما بينا) أشار به إلى قوله لأنه بمنزلة الغصب .

(قال) أى محمد « رح » في الجامع الصغير (ومن باع داراً بيعاً فاسداً فبناها المشترى فعليه قيمتها عند أبي حنيفة « رح ») لفظ محمد « رح » في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة « رح » أن رجلا باع من رجل داراً بيعاً فاسداً فقبضها المشتري فبنى فيها ، قال ليس للبائع أن يأخذها ولكنه يأخذ قيمتها ، ثم شك يعقوب « رح » في هذه المسألة بعد ذلك ، وقال يعقوب ومحمد « رح » ينقض البناء ويرد الدار إلى صاحبها ، إلى هنا لفظ محمد رحمه الله (رواه يعقوب « رح » عنـــه) أي روى أبي يوسف « رح » عن أبي حنيفة « رح » (في الجامع الصغير ثم شك) أي أبو يوسف « رح » (بعد ذلك) أي بعد الرواية عن أبي حنيفة « رح » شك في حفظها عنه ، وهو معنى قوله (في الرواية) عن أبي حنيفة لا في مذهب أبي حنيفة « رح » ، فإن ذكر في جـــامع البزدوي « رح » قال أبو يوسف

وقـــالا ينقض البناء وترد الدار والغرس على هذا الاختلاف لهما أن حق الشفيـع أضعف من حق البائع ، حتى يحتاج فيه إلى القضاء ويبطـــل بالتأخير بخلاف حق البائع ، ثم أضعف الحقين لا يبطل بالبناء فأقواهما أولى وله أن البناء والغرس مما يقصد بـــه الدوام ، وقد حصل بتسليط من جهة البائع فينقطع حق الإسترداد ،

لمحمد « رح » مـــا رويت لك عن أبي حنيفة إنما رويت لك أن ينقض البناء وقال محمد « رح » بل رويت أن يأخذ قيمتها ، وقد أشار إلى ذلك في بعض النسخ ، فقال محمد « رح » ثم شك يعقوب « رح » في هذه المسألة ولم يزل به أنه شك في قول أبي حنيفة « رح » ، وقوله الأول مع محمد « رح » بل شك في سماعه عنه ، وفي الإيضـاح قاله المعلى « رح » رجع أبو يوسف « رح » إلى قول أبي حنيفة « رح » وقوله الأول مع محمد أشـــار إليه المصنف بقوله :

(وقالا) أي أبو يوسف « رح » ومحمد « رح » (ينقض البناء وترد الدار) أي على صاحبها كما هو مذكور في الجامع الصغير (والغرس على هذا الإختلاف) يعني ينقطع به حق الفسخ عند أبي حنيفة « رح » خلافاً لهما ، وقد نص محمد « رح » على الإختلاف في كتاب الشفعة ، فإنه قال إذا اشترى المشترى شراء فاسداً فبنى فيها أوغرس ، لايثبت حق الشفعة للشفيـع ، وعندهمـا وعند أبي حنيفة « رح » يثبت (لهما) أي لأبي يوسف ومحمد « رح » (إن حق الشفيـع أضعف من حق البائع حتى يحتاج فيه) أي في حق الشفيـع (إلى القضاء ويبطل) أي حق الشفيـع (بالتأخير) أي بتأخير المطلب (بخلاف حق البائع) فإنه لا يحتاج إلى ذلك (ثم أضعف الحقين) وهما حق الشفيـع وحق البائع (لا يبطل بالبناء فأقواهما) أي فأقوى الحقين الذي هو حق البائع (أولى) بأن لايبطل (وله) أي ولأبي حنيفة « رح » (إن البناء والغرس مما يقصد به الدوام) إحترازاً عن الإجارة (وقد حصل) أي كل واحد من البنـــاء والغرس (بتسليط من جهة البائع فينقطع حق الإسترداد) لأنه لا يجوز للإنسان أن يسعى في نقض ماتم من جهته (كالبيـع) أي فصار كما

كالبيع بخلاف حق الشفيع لأنه لم يوجد منـــه التسليط، ولهذا لا يبطل بهبة المشتري وبيعه، فكذا ببنائه وشك يعقوب «رح» في حفظه الرواية عن أبي حنيفة «رح»، وقد نص محمد «رح» على الإختلاف في كتاب الشفعة،

إذا باعـــه المشترى أو وهبه من غيره (بخلاف حق الشفيع لأنه لم يوجد منه التسليط ولهذا) أي ولاجل عدم التسليط من الشفيع (لا يبطل) أى حق الشفيع (بهبة المشترى وبيعه) يعني لو وهبها الإنسان أو باعها من آخره .

(فكذا ببنائه) أى فكذا لا يبطل ببنائه ، وإذا ثبت هذا كان للشفيع أن يأخذ بالشفعة لانقطاع حق البائع في الاسترداد بالبناء ، يصير ورثة حينئذ بمنزلة البيع الصحيح فينقض بناء المشترى واعترض بأنه إذا وجب نقض البناء لحق الشفيع وفيه تقرير العقد الفاسد وجب نقضه لحق البائع بطريق الأولى ، لأن فيه إعدام الفاسد قال الاكمل وإذا يزل[1] ماذكر فليس بوارد على إذ البائع دون الشفيع ، ولا يلزم من نقضه لمن ليس بمسلط نقضه لسلط فانتفى الأولية وبطلت الملازمة .

(وشك يعقوب «رح») هو أبو يوسف «رح» (في حفظـــه الرواية عن أبي حنيفة «رح») لما كان هذا الموضع محتاجاً إلى تأكيد ، كرر المصنف قوله شك يعقوب «رح» قال الأكمل «رح» وفي كلامه نوع العلاق لأنه قال رواه يعقوب «رح» عنه في الجامع الصغير ، والراوى في الجامع الصغير محمد «رح» لأنه تصنيفه ، إلا إذا أريد بالجامع الصغير المســـائل التي رواها يعقوب «رح» عن أبي حنيفة لمحمد رحمهم الله وقال تاج الشريعة «رح» وشك يعقوب «رح» في حفظ الروايه ، قال مشايخنـــا شك أبو يوسف «رح» أن قول أبي حنيفة رحمـــه الله هل يخالف قولهما أم لا ، وقع الشك لا يتحقق الاختلاف والأصح على الخلاف ، وشك أبي يوسف في الرواية أنه سمع منه أم لا .

(وقد نص محمد «رح» على الاختلاف في كتاب الشفعة) الشفعة للشفيع عندهما

---

(١) هكذا وردت في الاصل .

فإن حق الشفعة مبني على انقطاع حق البائع بالبناء وثبوته على الإختلاف
قال ومن اشترى جارية بيعاً فاسداً وتقابضا ، فباعها وربح فيها
تصدق بالربح ، ويطيب للبائع ما ربح في الثمن ، والفرق أن
الجارية مما يتعين فيتعلق العقد بها ، فيتمكن الخبث في الربح

وعند أبي حنيفة «رح» يثبت (فإن حق الشفعة مبنى على انقطاع حق البائع بالبناء وثبوته على الاختلاف) فعند أبي حنيفة « رح » يثبت حق الشفعة ، فكان انقطاع حق البائع في الاسترداد ثابتاً ، وعندهما لا يثبت لانه لم ينقطع حق البائع في الاسترداد ، وقال الاترازي « رح » وقال بعض الشارحين قوله وثبوته بالرفع عطفاً على قوله مبني وهو ضعيف ، قلت أراد بعض الشارحين السغناقي « رح » وتبعه على ذلك الكاكي أيضاً ، ولكن الاترازي « رح » بين وجه الضعف صريحاً ، والذى يظهر لي أن ثبوته مرفوع بالابتداء أو خبره هو قوله على الاختلاف لان تحرير الكلام هنا ، وتحقيق معناه أن حق استحقاق الشفعة مبني على انقطاع حق البائع في الاسترداد بالبناء والغرس ، وثبوته مختلف فيه ، فمن قال بثبوته قال بانقطاع حق البائع ، ومن قال بانقطاعه قال بعدم إنقطاع حق البائع لان وجود اللزوم بدون لازمه محال ، وعلى هذا فمن حفظه مذهب أبي حنيفة « رح » في ثبوت الشفعة ، لا يشك في مذهبه في انقطاع حق البائع في الاسترداد فلم يبق الشك الا في رواية عنه لمحمد « رح » فافهم فأنه موضع دقيق يحتاج إلى فكر عميق .

(ومن اشترى جارية بيعاً فاسداً وتقابضا ، فباعها وربح فيها تصدق بالربح ، ويطيب للبائع ما ربح في الثمن) البائع هو بائع الجارية (والفرق) أي بين الصورتين وهما طيب الربح لبيع الجارية في الثمن وعدم طيبة المشتري الجارية (أن الجارية مما يتعين فيتعلق العقد بها) أي بعين الجارية ، ومعنى تعين الجارية ، إنه إذا باع جارية معينة ليس له أن يعطي جارية أخرى مكانها ، ولما تعلق العقد بها وحصل الربح من هذه الجارية كان الربح ، جاء من بدل المملوك ملكاً فاسداً ، فيمكن الخبث في الربح ويتصدق به (فيتمكن

والدراهم والدنانير ، لا يتعينان في العقود ، فلم يتعلق العقد الثـــاني بعينها ، فلم يتمكن الخبث فلا يجب التصدق ، وهذا في الخبث الذي سببه فساد الملك ، أما الخبث لعـدم الملك عند أبي حنيفة « رح » ومحمد « رح» يشمل النوعين لتعلق العقد فيمـــا يتعين حقيقة وفيما لا يتعين شبهة ، من حيث أنه يتعلق به سلامة المبيـع أو تقدير الثمن ،

الخبث في الربح) والخبث عدم الطيب (والدراهم والدنانير لا يتعينان في العقود) أي في عقود البياعـــات،واحترز بهعن الوديعة والشركة والغصب ونحوها ، وعند زفر والشافعي « رح » يتعينان حتى لو اشترى بدراهم معينة ، فحبسها وأعطى البائع غيرها فللبائع أن يأبى ذلك ، ولو هلكت الدراهم أو استحقت يبطل البيـع عندهـــما كما في البيـع المعين ، وعندنا لا يبطل (فلم يتعلق العقد الثاني بعينها) أي بعين الدراهم التي باع المشترى الجارية بها (فلم يتمكن الخبث ، فلا يجب التصدق) لان الربح حصل بالعقد لا بالدراهم .

(وهذا) أي هذا الذي ذكرنا من الفرق بين ما يتعين وبين مالا يتعين،حيث لا يطيب الربح في الاول ويطيب في الثاني (في الخبث الذى سببه فساد الملك) والخبث على نوعين خبث لفساد الملك،وخبث لعدم الملك كما يجيء الآن ، وكذلك المال على نوعين ، نوع لا يتعين في العقد كالدراهم والدنانير ، ونوع يتعين بخلافهما (أما الخبث لعدم الملك عند أبي حنيفة ومحمد « رح » يشمل النوعين) أراد بهما ما يتعين من المـال ومالا يتعين (لتعلق العقد) أي بمال الغير (فيما يتعين حقيقة) أي من حيث حقيقة الخبث (وفيما لا يتعين شبهة) أي من حيث الشبهة ، أي شبهة الخبث ، وبينه بقوله (من حيث أنه يتعلق به) أي بمال يتعين (سلامة المبيـع) بأن ينقد الدراهم المغصوب (أو تقدير الثمن) عطف على قوله سلامة المبيع ، يعني أن الخبث لعدم الملك إنما يثبت فيما لا يتعين بطريق الشبهةلأنه تعلق به سلامة المبيع كما قلنا أو تقدير الثمن بأن يشير إلى الدراهم المغصوبة ، ونقد من

وعند فساد الملك تنقلب الحقيقة شبهة ، والشبهة تنزل إلى شبهة الشبهة ، والشبهة هي المعتبرة دون النازل عنها ، قال ، وكذا إذا ادعى على آخر مالاً فقضاه إياه ، ثم تصادقا ، انه لم يكن عليه شيء ، وقدربح المدعي في دراهم يطيب له الربح ، لأن الخبث لفساد الملك ، ههنا لأن الدين وجب بالتسمية ثم استحق بالتصادق ، وبدل المستحق مملوك فلا يعمل فيما لا يتعين .

غيرها (وعند فساد الملك تنقلب الحقيقة شبهة)يعني أن الخبث لفساد الملك تنقلب حقيقة شبهة ، أي ما كان من الخبث بسبيل الحقيقة في الخبث لعدم الملك ، كما في ما يتعين يكون ذلك الخبث فيما يتعين شبهة لفساد الملك لأن الخبث لفساد الملك أدنى من الخبث لعدم الملك (والشبهة) باعتبار فساد الملك فيما لا يتعين (تنزل إلى شبهة الشبهة) فيما لا يتعين (والشبهة هى المعتبرة دون النازل عنها) أي من الشبهة لأن شبهة الشبهة إذا اعتبرت ، ينسد باب العقود إذ لا يخلوا عن شبهة الشبهة .

(قال) أي محمد « رح » في الجامع الصغير (وكذا إذا ادعى) رجل (على آخر مالاً) بأن ادعى عليه ألف درهم مثلاً (فقضاه إياه) أي فقضى الرجل المال (ثم تصادقا ، إنه لم يكن عليه شيء) والحال (وقدر ربح المدعي في الدراهم يطيب له الربح لأن الخبث لفساد الملك ههنا لأن الدين وجب بالتسمية) بدعوى الدعوى (ثم استحق بالتصادق وبدل المستحق مملوك) ملكاً فاسداً والمستحق هو الدين والبدل الدراهم (فلا يعمل) أي الخبث (فيما لا يتعين) لأن الخبث لفساد الملك لا أثر له فيما لا يتعين ، لأنه شبهة الشبهة ، ولهذا طاب له الربح ولم يجب التصدق به .

* * *

فصل فيما يكره

قال ونهى رسول الله ﷺ عن النجش وهو أن يزيد في الثمن ولا يريد الشراء ليرغب غيره، قال عليه السلام لا تناجشوا، قال وعن السوم على سوم غيره، قال ﷺ لا يستام الرجل على سوم أخيه ولا يخطب على خطبة أخيه،

(فصل فيما يكره)

أي هذا فصل في بيان ما يكره في باب البيوع، والمكروه أدنى درجة من الفاسد، ولكن هو شعبة من شعبه فلذلك ألحقه به وأخره عنه وقد علم في الأصول أن الفسخ إذا كان لأمر متجاوز كان مكروهاً، وإذا كان لوصف متصل كان فاسداً (قال ونهى رسول الله ﷺ عن النجش) بفتحتين، ويروى بالسكون وقيل بالتحريك إسم وبالسكون مصدر. وهو مكروه بإجماع الأئمة الأربعة، قوله ونهى رسول الله ﷺ عن النجش، لفظ القدوري وفسره المصنف بقوله (وهو أن يزيد في الثمن ولا يريد الشراء ليرغب) من الترغيب (غيره) فيوقعه فيه، ثم ذكر الحديث بقوله (قال عليه الصلاة والسلام) أي قال النبي ﷺ (لا تناجشوا) هذا الحديث رواه البخاري بإسناده عن أبي سعيد بن المسيب عن أبي هريرة قال نهى رسول الله ﷺ أن يبيع حاضر لباد ولا تناجشوا الحديث، وروى البخاري أيضاً حدثنا عبد الله بن مسلمة، قال حدثنا مالك عن نافع عن ابن عمر رضي الله عنهما، قال نهى رسول الله ﷺ عن النجش.

(قال) أي القدوري (وعن السوم على سوم غيره) وقال المصنف «رح» (قال عليه السلام) أي قال النبي ﷺ (لا يستام الرجل على سوم أخيه ولا يخطب على خطبة أخيه) هذا الحديث رواه البخاري ومسلم من حديث أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ نهى عن تلقي الركبان وأن يبيع حاضر لباد الحديث، وفي آخره أن يستام الرجل على سوم أخيه، ورواه محمد في كتاب الآثار أخبرنا أبو حنيفة «رح» عن حماد عن ابراهيم عن أبي سعيد الخدري وأبي هريرة «رح» عن النبي ﷺ، قال لا يستام الرجل على سوم

ولأن في ذلك إيحاشاً وإضراراً ، وهذا إذا تراضى المتعاقدان على مبلغ ثمن في المساومة، أما إذا لم يركن أحدهما إلى آخر فهو بيع من يزيد، ولا بأس به على ما نذكره محمل النهي في النكاح أيضاً ، قال وعن تلقي الجلب وهذا إذا كان يضر بأهل البلد ،

أخيه ولا يخطب على خطبته الحديث ، وفي شرح الطحاوي وصورته أن يتراوض الرجلان على السلعة ويتساومان عليها ويرضى البائع والمشترى بذلك ولم يعقد عقد المبيع حتى ساومه آخر على سومه واشتراه منه ، فإنه يجوز في الحكم ولكنه يكره هذا ، إذا جنح قلب البائع إلى البيع من الأول بما طلب منه من الثمن ، وأما إذا لم يجنح قلبه ولم يرض بذلك فلا بأس للثاني أن يشتريه لأن هذا بيع من يزيد ، وقد روى عن رسول الله ﷺ أنه باع قدحاً وحلساً ببيع من يزيد ، وكذلك الرجل إذا خطب امرأة وجنح قلبها كره لغيره أن يخطبها وإن لم يجنح قلبها إلى الأول فلا بأس للثاني أن يخطبها ، وفي الكافي السوم أن يزيد في الثمن بعد تقرير لإرادة الشراء (ولأن في ذلك) أى في السوم على أخيه (إيحاشاً) أي إلقاء الوحشة في قلبه (وإضراراً) في زيادة الثمن (وهذا) أى كون السوم مكروهاً (إذا تراضى المتعاقدان على مبلغ ثمن في المساومة أما إذا لم يركن) أى فإذا لم يرض ولم يجنح (أحدهما إلى الآخر فهو) أي السوم (بيع من يزيد ولا بأس به) حينئذ (على مانذكره) إشارة إلى قوله ، وقد صح أن النبي عليه السلام باع قدحاً وحلساً ببيع من يزيد، وسيجيء عن قريب وقد ذكرناه أيضاً (وما ذكرناه) أراد به قوله وهذا إذا تراضى المتعاقدان (محمل النهي في النكاح أيضاً) يعني إذا ركن قلب المرأة إلى الخاطب يكره خطبة غيره فاذا لم يركن فلا يكره .

(قال) أى القدورى (وعن تلقي الجلب) أى ونهى النبي ﷺ عن تلقي الجلب أى المجلوب ، صورته أن واحداً من أهل المصر أخبر بمجيء قافلة بميرة عظيمة فيخرج ويتلقاهم ويشترى منهم ما تمارون ويدخل المصر ويبيعه على ما يريد من الثمن (وهذا) أى تلقي الجلب على ما وصفناه إنما يكره (إذا كان يضر بأهل البلد) بأن يكونوا في

فإن كان لا يضر فلا بأس به إلا إذا لبس السعر على الوارد ، فحينئذ يكره لما فيه من الغرور والضرر ، وقال وعن بيع الحاضر للبادي فقد قال « رح » لا يبيع الحاضر للبادي ، وهذا إذا كان أهل البلدة في قحط وعوز ، وهو أن يبيع من أهل البلد وطمعاً في الثمن الغالي لما فيه من الإضرار بهم ،

ضيق من جذب وقحط (فـــان كان لا يضر) أهل البلد ذلك (لا بأس به إلا إذا لبس السعر على الواردين) بأن يشترى منهم بأرخص من سعر المصر وهم لا يعلمون بالسعر (فحينئذ يكره لما فيه من الغرور) في حقهم (والضرر) لاهل المصر وكلاهما قبيح .

(قال) أى القدورى في مختصره (وعن بيع الحاضر للبادى) وفسره ابن عباس « رح » بقوله لا يكون له سماداً وبينه الحلواني حيث قال صورته أن يجيء القروي بالطعام إلى المصر فلا بـــد للسمسار الحاضر أن يبيع القروى بنفسه ، بل يقول له لا تفعل شيئاً فلا أعلم فيتوكل هـــذا السمسار الحاضر من البادى ويبيعه ويغلي على الناس ، فلو تركه يبيعه بنفسه ربما يرخص ، وهذا مبني لقوله عليـــه الصلاة والسلام لا يبيـــع حاضر لباد وذر والناس يرزقه الله بعضهم من بعض ، رواه مسلم عن جابر رضي الله عنه ، وعن أنس بن مالك رضي الله عنه كان يقول لا يبيع حاضر لباد ، وهي كلمة جامعة لا يبيع له شيئاً ، وقال ابن سيرين « رح » هي كلمة جامعة للبيع والشراء ويجيء الآن تفسير المصنف « رح » لقوله لا يبيع حاضر لباد (فقد قال عليه السلام) أي فقد قال النبي ﷺ (لا يبيع الحاضر للبادي) وقد ذكرنا عن قريب أن هذا الحديث أخرجه البخارى ومسلم من حديث أبي هريرة رضي الله عنـــه ، ولفظ الحـــديث في كتب الحديث بلفظ النكرة في الحاضر والباد .

(وهذا) أى كراهة بيع الحاضر للباد (إذا كان أهل البلدة في قحط وعوز) أي ضيق (وهو) أى الحاضر (أن يبيع من أهل البلد طمعاً في الثمن الغالي) ويبيعـــه من أهل البادية بثمن غال ، وأهل المصر يتضررون بذلك فلا يجوز (لما فيه من الإضرار بهم)

أما إذا لم يكن كذلك فلا بأس به لانعدام الضرر . قال والبيع عند أذان الجمعة ، قال الله تعالى ﴿ وذروا البيع ﴾ ٩ الجمعة ، ثم فيه إخلال بواجب السعي على بعض الوجوه وقد ذكرنا الأذان المعتبر في كتاب الصلاة . قال وكل ذلك يكره لما ذكرنا ،

أى بأهل البلد . (أما إذا لم يكن كذلك فلا بأس به لانعدام الضرر) وهكذا قال في شرح الطحاوى « رح » .

(قال) أى القدورى « رح » (والبيع عند أذان الجمعة) أى ونهى رسول الله ﷺ عن البيع عند أذان الجمعة هكذا فسره الأكمل « رح » ، وقال الاترازى « رح » وهو بالجر معطوف على قوله عن النجش ، وهو أيضاً يؤدى معنى ما قاله الأكمل « رح » ، ولكن المصنف « رح » لم يذكر فيه النهي عن النبي ﷺ عن ذلك صريحاً وإنما قال (قال الله تعالى ﴿وذروا البيع ﴾ ٩ الجمعة) ولكن ما نهى الله عز وجل عن شيء وهو أيضاً نهى النبي ﷺ ، ومعنى ذروا اتركوا أمراً للجماعة من يذروا ما أتوا ما فيه وأصله ذروا أو ذروا حذفت الواو تبعاً كفعله واستغنى عن الهمزة فحذفت فصار ذروا ، وأقل أحوال النهي الكراهة ، ولأن السعي إلى الجمعة واجب بالنص .

وفي الاشتغال بالبيع والشراء أو بالنوم ونحو ذلك ترك السعي الواجب ، وقد مر الكلام فيه مستقصى في باب الجمعة (ثم فيه) أى في الاشتغال بالبيع (اخلال بواجب السعي على بعض الوجوه) بأن عقدا ووقفا ولم يسعيا ، وأما إذا كانا يمشيان ويبيعان فلا بأس به ، ذكره أبو الليث في أصوله (وقد ذكرنا الاذان المعتبر في كتاب الصلاة) أراد به ما ذكره في باب الجمعة ، والأصح أن المعتبر هو الاول أى الاذان الاول إذا كان بعد الزوال لحصول الإعلام به .

(قال) أى القدورى (وكل ذلك يكره) أى كل ما ذكرنا من أول الفصل إلى هنا مكروه وهو النجش والسوم على سوم غيره وتلقي الجلب وبيع الحاضر للباد ، والبيع عند أذان الجمعة (لما ذكرنا) أى لما ذكرنا من الدلائل في كل واحد منها بمفرده .

ولا يفسد به البيع لأن الفساد في معنى خارج زائد لا في صلب العقد ولا في شرائط الصحة . قال ولا بأس ببيع من يزيد وتفسيره ما ذكرنا ، وقد صح أن النبي ﷺ باع قدحا وحلسا ببيع من يزيد

(ولا يفسد به البيع) أي بالنهي المذكور حتى يجب الثمن ويثبت الملك قبل القبض، وبه قال الشافعي رضي عنه ، ولكن يثبت الخيار في وجه في صورة تلقي الركبان إذ ليس السعر عليهم ، وقال مالك « رح » بيع التناجش باطل ، وبه قال أحمد « رح » في رواية ضعيفة ، وفي صورة تلقي الركبان البيع باطل عند مالك « رح » وكذا بيع الحاضر للبادي وبه قال أحمد « رح » (لان الفساد في معنى خارج زائد) أي مجاور (لا في صلب العقد) أي لا متصل به (ولا في شرائط الصحة) من الحرية والعقل والبلوغ ، قال الكاكي « رح » وأراد بقوله خارج مجاور لا مطلق الخارج بدليل قوله زائد لا في صلب العقد لا في شرائط الصحة وإلا يشكل بالبيوع الفاسدة بالشرط فإن الفساد لمعنى خارج ليس بمجاور ، لهذا قال في الكاكي « رح » قوله لمعنى خارج مشكل إلا أن يؤل خارج بالمجاور .

(قال) أي محمد « رح » في الجامع الصغير (ولا بأس ببيع من يزيد ، وتفسيره ما ذكرناه) أشار به إلى قوله فإذا لم يركن أحدهما إلى الآخر فهو بيع من يزيد (وقد صح أن النبي ﷺ باع قدحا وحلسا ببيع من يزيد) هذا الحديث أخرجه الاربعة فأخرجه أبو داود في الزكاة ، وابن ماجة في التجارات عن عيسى بن يونس عن الاحضر بن عجلان عن أبي بكر عبد الله الحنفي عن أنس بن مالك « رح » أن رجلاً من الانصار أتى النبي ﷺ ليسأله فقال له أما في بيتك شيء قال بلى حلس يلبس بعضه ويبسط بعضه وقعب يشرب فيه الماء ، قال ائتني بهما فأخذهما رسول الله ﷺ وقال من يشترى هذين فقال رجل أنا آخذهم بدرهم قال من يزيد على درهم مرتين أو ثلاثاً فقال رجل أنا آخذهما بدرهمين فأعطاهما إياه وأخذ الدرهمين فأعطاهما الانصارى وقال اشتر بأحدهما طعاماً فاشتره إلى أهلك واشتر بالآخر فاساً فأتني به فأتاه به فشد فيه رسول الله ﷺ عوداً بيده ثم قال اذهب واحتطب وبع ولا أرينك خمسة عشر يوماً فذهب الرجل يحتطب ويبيع فجاء وقد

أصاب عشرة دراهم فاشترى ببعضها ثوباً وببعضها طعاماً فقال رسول الله ﷺ هذا خير لك من أن تجيء المسألة نكتة في وجهك يوم القيامة ، إن المسألة لا تصح إلا لثلاثة لذى فقر مدقع أو لذى عزم مقطع أو لذى دم موجع وأخرجه الترمذى مختصراً أن النبي ﷺ باع حلساً وقدحاً فيمن يزيد ، وكذلك أخرجه النسائي مختصراً ، فإن قلت كيف يقول المصنف « رح » وقد صح ، وضعفه العقيلي في كتابه والاحصر بن عجلان ذكره الازدى في الضعفـــاء وأبو بكر الحنفي قال ابن القطان فيه مجهول لا أعرف أحداً نقل عدالته.

قلت هذا الحديث لما رواه الترمذى حسنه ، وعند البعض الحسن من الصحيح والاحصر ابن عجلان وثقه البخارى وأبو بكر الحنفي روى عنه جماعة وحسن الترمذى حديثه ولولا أنه ثقة عنده لما حسن حديثه ، فإن قلت كيف باع النبي ﷺ الحلس والقــدح بغير إذن صاحبهما قلت قيل يجوز للحاكم أن يبيع على المعسر ، فإن قلت قال الترمذى لم ينقل أنه كان معسراً ، قلت كانت نفقة أهله واجبة عليه فهي كالدين ، قلت لا يحتاج إلى هــذه التكلفات ، والنبي ﷺ كان يجوز له التصرف في أموال أمتـــه بما شاء فيتصرف على وجه المصلحة .

فان قلت قال الترمذى والعمل على هذا الحديث عند أهل العلم لم يروا بما شاء ببيع من يزيد في الغنائم والمواريث ، قلت قال ابن العربي والباب واحد والمعنى مشترك لايختص به غنيمة ولا ميراث والحلس بكسر الحاء المهملة كما نطرح على ظهر البعير أو الحمار ، والجمع احلاس وحلوس كذا في الجمهرة ، ويقال فلان حلس بيته إذا لم ينزح منه .

قوله مدقع من الدفعا وهو التراب ، ومعنى فقر مدقع أى شديد يفضي بصاحبه إلى التراب وقيل هو سواء احتمال الفقر ، قوله أو لذى عزم مقطع أى لذى خلعة لازمــة من عزامة مثقلة ، وقال ابن الاثير القطع للشديد الشفيـع وقد اقطع يقطع فهو مقطع وقطع الامر فهو قطيع ، قوله لذى دم موجع هو أن يتحمل دية فيسمى فيها حتى يؤديهـــا إلى أولياء المقتول ، فان لم يؤدها قبل التحمل عنه فيوجعه قتله .

ولأنه بيع الفقراء والحاجة ماسة إليه نوع منه . قال ومن ملك مملوكين صغيرين أحدهما ذو رحم محرم من الآخر لم يفرق بينهما ، وكذلك إن كان أحدهما كبيراً ، والأصل فيه قوله « رح » من فرق

(ولانه) أى ولان بيع من يزيد (بيع الفقراء ;و الحاجة ماسة إليه) أى الحاجة داعيه إلى ذلك ، وتوارثها الناس في الاسواق (نوع منه) أى من البيع المكروه ، وإنما فصل هذا لما أن الكراهة في الدين تذكر بعد لمعنى راجع إلى المعقود عليه ، والكراهة فيما ذكر قبل لمعنى يرجع إلى غير المعقود عليه ، أو لان الذى يذكر بعد مسائل مختلفة يجمعها معنى واحد وهو التفريق بخلاف الاول لان فيها مسائل شتى ولها أصول مختلفة ، وقال الاترازى رحمه الله ولان المصنف « رح » فصل هذا عما تقدم لان هذا النوع له باب على حده في الاصل والزيادات ، ولهذا ذكر الكرخي « رح » في مختصره في باب على حده ، قلت على ما ذكره كان ينبغي أن يذكر له بابا على حده .

(ومن ملك مملوكين) إنما قال ملك ولم يقل اشترى لتناول وجوه سبب الملك من قبول الهبة والوصية والإرث والشراء (صغيرين أحدهما ذو رحم محرم من الآخر) وقيد بالصغيرين لانه يكره في الكبيرين (لم يفرق بينهما) ومراده بالتفريق أن يكون ذلك في ملك واحد ، لانه إذا كان أحدهما في ملك رجل والآخر في ملك الآخر لم يكره التفريق ، ألا ترى إلى ما قال في الشامل ولو كان أحدهما مملوكاً له والآخر لولده الصغير أو مكاتبه أومضاربه جاز التفريق. قال في شرح الطحاوى إذا كان له ولدان صغيران فدخل أحدهما في ملك أحدهما والآخر فلا بأس ببيع أحدهما ، وان كان يملك بيعهما جميعاً ، وقال فيه أيضاً وكما يكره التفريق في البيع فكذلك يكره التفريق في القسمة في الميراث والغنائم .

(وكذلك) أى لم يفرق (إن كان أحدهما) أى أحد المملوكين (كبيراً) والاصغيراً (والاصل فيه) أى في هذا النوع (قوله عليه السلام) أى قول النبي ﷺ (من فرق

بين والدة وولدها فرق الله بينه وبين أحبته يوم القيامة) .

هذا الحديث رواه الترمذى عن حسين بن عبد الله عن ابي عبد الرحمن الحبلي عن أبي أيوب الانصارى رضي الله عنه قال سمعت رسول الله ﷺ يقول من فرق ... الخ نحوه وقال حديث حسن غريب .

وقال الاترازى « رح » وقال الكرخي « رح » في مختصره روينا عن أبي أيوب قال سمعت النبي ﷺ يقول من فرق بين والدة وولدها فرق الله بينه وبين أحبته ، قال وهكذا ذكر لفظ الحديث شمس الائمة البيهقي « رح » في الشامل والكفاية ، وكذا ذكره في شرح الاقطع والايضاح ، ولكن ذكر صاحب الهداية بلفظ الاحبة .

قلت المحدثون رووه بلفظ الاحبة ، منهم الترمذى كما ذكرنا والحاكم والبيهقي والدارمي والدارقطني وأحمد في مسنده بعضه ، وقال شيخنا زين الدين رحمه الله في شرحه الترمذى استدل أحمد « رح » بعموم الحديث على أنه لا يصح التفريق بين الام وولدها الكبير في البيع ونحوه وهو رواية ابن الحكم عن مالك ، وقال أيضاً هل يحصل الحكم بالوالدة او يدخل فيه الجدة للأب ، وكذلك الولد الصغير مع الولد هل يجوز التفريق بينهما بالبيع ونحوه ، كذلك الجدة للأب والجد للأب صرح أصحابنا بأن الجدة كالام عند عدم الام ، وكذلك الجد كالاب عند عدم الاب ، فان كان له أم واب رقيقان حرم التفريق بينه وبين الام ، وجاز التفريق بينه وبين الاب ، وكذلك لو كان له ام وجدة لم يجز التفريق بينه وبين الام ، فان بيع مع جدته دون أمه فالاصح انه حرام .

وقال ايضاً فيه حجة للصحيح من الوجهين عند أصحاب الشافعي رضي الله عنه أنه لا يزول تحريم التفريق بإذن الأم في أن يفرق بينها وبين ولدها ، وبناه بعض العلماء على أن الحق في هذا هل هو لحق الوالدة أو لحق الله تعالى ، فإن كان لحق الوالدة جاز التفريق بإذنها ، وإن كان لحق الولد أو لحق الله تعالى فلا يجوز التفريق ، وإن أذنت وجوز مالك التفريق بإذنها .

ووهب النبي ﷺ لعلي رضي الله عنه غلامين أخوين صغيرين ثم قال له ما فعل الغلامان فقال بعت أحدهما فقال عليه السلام أدرك أدرك ، ويروى أردد أردد ، ولأن الصغير يستأنس بالصغير وبالكبير والكبير يتعاهده فكان في بيع أحدهما فقطع الاستيناس، والمنع من التعاهد ، وفيه ترك الرحمة على الصغار وقد أوعد عليه ،

(ووهب النبي ﷺ لعلي رضي الله عنه غلامين صغيرين ثم قال له ما فعل الغلامان ، فقال بعت أحدهما ، فقال عليه السلام أدرك أدرك ، ويروى أردد اردد) هـذا رواه الترمذي وابن ماجة عن الحجاج بن أرطأة عن الحكم بن عيينة عن ميمون بن شبيب عن علي رضي الله عنه قال وهب لي رسول الله ﷺ غلامين أخوين فبعت أحدهما ، فقال رسول الله ﷺ يا علي ما فعل غلامك فأخبرته ، فقال رده ثم قال هذا حديث حسن غريب ، وقال أبو داود في سننه ميمون بن أبي شبيب لم يدرك علياً فانه قتل في الجماجم في سنة ثلاث وثمانين .

وأخرج الدارقطني في سننه والحاكم في مستدركه عن شعبة عن الحكم بن عيينة عن عبد الرحمن بن أبي ليلى عن علي رضي الله عنه قال قدم على النبي ﷺ سبي فأمرني ببيع أخوين فبعتهما وفرقت بينهما ثم أتيت النبي ﷺ فأخبرته ، فقال أدركهما دار وارتجعهما وهما جميعاً ، ولا تفرق بينهما ، وقال الحاكم صحيح على شرط الشيخين ، ولم يخرجاه .

(ولأن الصغير يستأنس بالصغير وبالكبير) اي ويستأنس بالكبير أيضاً ، ففي التفريق زوال الأنس وزيادة الايحاش فيكره ما لم يبلغ الغلام او تحض الجارية ، فاذا بلغا لا يكره التفريق (والكبير يتعاهده) أي يتعاهده أي يتعاهد الصغير أي يقوم بحوائجه باعتبار الشفقة الناشئة من قرب القرابة (فكان في بيع أحدهما قطع الاستيناس ، والمنع من التعاهد وفيه ترك الرحمة على الصغار وقد أوعد عليه) اي على ترك المرحمة ، وفيه أحاديث ، منها ما رواه ابو داود من حديث عبد الله بن عمرو بن العاص رضي الله عنه قال قال رسول الله ﷺ من لم يرحم صغيرنا ويعرف حق كبيرنا فليس منا ، ومنها

ثم المنع معلول بالقرابة المحرمة للنكاح حتى لا يدخل فيه محرم غير قريب ولا قريب غير محرم ، ولا يدخل فيه الزوجان حتى جاز التفريق بينهما ، لأن النص ورد بخلاف القياس فيقتصر على مورده ،

حديث ابن عباس رضي الله عنهما رواه الترمذي عن عكرمة رضي الله عنه مرفوعاً،ومنها حديث أنس رضي الله عنه أخرجه الترمذي أيضاً مرفوعاً نحوه ومنها حديث رواه ابو يعلى الموصلي « رح » في مسنده عن أنس مرفوعاً ليس منا من لم يرحم صغيرنا ويوقر كبيرنا

(ثم المنع) اي المنع من التفريق (معلول بالقرابة المحرمة للنكاح) بأن يكون أحدهما ذا رحم محرم من آخر (حتى لا يدخل فيه محرم غير قريب) كأولاد الأعمام والعمات والأخوال والخالات .

(ولا قريب غير محرم) أي محرم كالأخت من الرضاع وكامرأة الاب (ولا يدخل فيه) أي في المبيع من التفريق (ولا يدخل فيه الزوجان حتى جاز التفريق بينهما لان النص ورد بخلاف القياس) فان القياس أن يتصرف المالك في ملكه كيف شاء (فيقتصر على مورده) اي مورد النص وهو القرابة ، المحرمة للنكاح ، فان قلت كيف يكون على خلاف القياس ، والمعنى هو قطع المعاهدة بالتفريق موجود ، قلنا وجود المعنى لا يدل على أنه لا يكون على خلاف القياس ، فان السلم شرع لحاجة المفاليس ، ومع ذلك شرع على خلاف القياس ، كذا قيل لو كان منع التفريق معلولاً القرابة المحرمة للنكاح لما جاز التفريق عند وجود هذه العلة وقد جاز في مواضع مع وجودها .

أحدها ما إذا كان أحد المملوكين بحال لا يمكن للمولى أن يبيعه بأن دبره ، ولا بأس ببيع الذي هو محل البيع هنا وإن حصل التفريق .

والثاني ما إذا جنى أحدهما فلا بأس ان يدفعه المولى إلى ولي الجناية مع ان له منع البيع باختيار الفداء .

والثالث ما لو استهلك مال أمان يباع فيه مع أن للمولى ولاية المنع بأداء قيمته .

والرابع ما لو كانا مملوكين لحربي مستأمن فانه يجوز للمسلم أن يشتري أحدهما مع ان

ولا بد من اجتماعهما في ملكه لما ذكرنا ، حتى لو كان أحد الصغيرين له والآخر لغيره

كل موضع يكره التفريق بالبيع يكره التفريق بالشراء ، وها هنا لا يكره .

والخامس أنه لو كان ثلاثة إخوة في يد رجل واحدهم صغير فللمالك أن يبيع أحد الكبيرين استحساناً مع وجود التفريق .

والسادس ما إذا اشتراهما ووجد بأحدهما عيباً فله ان يرده ويمسك الثاني في ظاهر الرواية .

والسابع ما لو كان أحدهما أو اعتقه على مال أو غير مال فيقع التفريق باعتبار الإخراج عن الملك .

الثامن انه لو كان في يد رجل أمة ولها ولد صغير مراهق يجوز بيعه باختياره ورضى أمه ، والمسائل من المبسوط والإيضاح وشرح الطحاوي .

قلنا أما الجواب عن الأول أنه إنما لم يجوز التفريق باعتبار ضرر المملوك ، فلو منعناه من بيع الآخر لحق الضرر للمولى فيه ، وتعارض الضررين ، فنفي الضرر عن المولى أولى لئلا يلزم الحجر عن التصرف في ملكه ، وكذلك الجواب في الثاني والثالث .

وعن الرابع أنه لو لم يجوز شراء المسلم منه لذهب الحربي بينهما إلى دار الحرب ، وضرر فساده في دار الحرب ثابت في الدنيا والآخرة ، أما في الدنيا فلمرضية الأمن والقتل إذ الظاهر من حال من ينشأ في دارهم كان على دينهم ، وأما ضرر الآخرة فظاهر .

وأما الخامس بأن المنع لحق الصغير وجه مرعي إذا كان معه أحد الكبيرين ليستأنس به ويقوم بحوائجه ، مع أن فيه رواية عن أبي يوسف « رح » أنه يكره أيضاً .

وعن السادس بالجواب عن الثاني وعن السابع أن الكتابة والإعتاق هو عين الجمع بأكمل الوجوه ، إذ المكاتب أو المعتق صار أحق بنفسه ، فيدور هو حيث ما دار أخوه فيتعاهد أموره ، وعن الثامن أنه لما رضيا بالتفريق لم يبق الضرر فيجوز .

(ولا بد من اجتماعهما) أي اجتماع المملوكين الصغيرين (في ملكه لما ذكرنا) أشار به إلى قوله عليه السلام من فرق بين والدة وولدها (حتى لو كان أحدالصغيرين له والآخر

لا بأس ببيع واحد منهما ، ولو كان التفريق بحق مستحـق لا بأس به كدفع أحدهما بالجناية وبيعه بالدين ورده بالعيب ، لأن المنظور إليه دفع الضرر عن غيره لا الإضرار به . قـــال فإن فرق كره له ذلك وجاز العقد ، وعن أبي يوسف « رح » أنه لا يجوز في قرابـة الولادة ويجوز في غيرها ، وعنه أنه لا يجوز في جميع ذلك

لغيره) وفي بعض النسخ والآخر لغيره وهو الأظهر ، لأن لفظ الغير مطلقا يتناول كل من هو غير المـــالك (لابأس ببيع واحد منهما) أي من الاثنين المذكورين لأن التفريق إنما يتحقق في ملك واحد لا في ملك اثنين .

(ولو كانالتفريق بحق) أي بسبب حق (مستحق لا بأس بـــه) أي بالتفريق ومثل لذلك بقوله (كدفع أحدهما بالجناية) بأن جنى أحدهما فدفعه (وبيعه بالدين) بأن كان مأذوناً وأحـــاط به دينه أو وجب الدين على المالك ولا مال له (ورده بالعيب) بأن اشتراهما وكان بأحدهما عيب لم يظهر عند العقد ، وعلل بقوله (لأن المنظور إليه) في منع التفريق (دفع الضرر عن غيره) أي عن غير الصغير (لا الإضرار به) أي بالصغير وحاصل الكلام . أن التفريق إنما نهى عنه لدفع الضرر عن الصغير وليس من شرط دفع الضرر عن شخص إلحاق الضرر بغيره ، فإذا تعلق بأحدهما حق فالمنع من إيفاء الحق الضرار بصاحب الحق ، وإنما حصل الإضرار بالصغير ضمناً لحق مستحق فلا يلتفت إليه لأنه كم من شيء يثبت ضمناً ولا يثبت قصداً .

(قال) أي القدوري « رح » (فإن فرق كره ذلك وجاز العقد) الكراهة بالإجماع وفي الجواز خلاف عند أبي حنيفة ومحمد « رح » ، يجوز وبه قال الشافعي رضى الله عنه في قول (وعن أبي يوسف « رح » أنه) أي أن التفريق (لا يجوز في قرابة الولادة)أي في الولدين والمولودين ، وبه قال الشافعي رضي الله عنه في الأصح (ويجوز في غيرها) أي غير الوالدين والمولودين (وعنه) أي عن أبي يوسف « رح » (أنـــه) أي أن التفريق (لا يجوز في جميع ذلك) أي في قرابة الولادوغيرها وبه قال زفر والحسن وأحمد « رح »

لما روينا فإن الأمر بالادراك والرد لا يكون إلا في البيع الفاسد . ولهما أن ركن البيع صدر من أهله في محله ، وإنما الكراهة لمعنى مجاور فشابه كراهة الاستيام ، وإن كان كبيرين فلا بأس بالتفريق بينهما لأنه ليس في معنى ما ورد به النص ، وقد صح أنه « رح » فرق بين مارية وسيرين ، وكانتا امتين اختين

(لما روينا) أشار به إلى قول علي رضي الله عنه في الحديث بعت أحدهما وقد مر (فإن الأمر بالإدراك) وهو قوله عليه السلام في الحديث المذكور أدرك .

(والرد) أي القول بالرد في قوله ويروى أردد أردد (لا يكون إلا في البيع الفاسد) وقال الطحاوي « رح » ولا ينبغي لأحد أن يفرق بين ذو رحم محرم فيهما صغير ، فإن أبا حنيفة « رح » كان يكره ذلك ، ولا يفسخ البيع ، وكان أبو يوسف ومحمد « رح » يكرهان ذلك ولا يفسخان البيع ، وكذلك الحكم فيه حتى يبلغ الصغير غير أن محمد « رح » قال في الصبي إذا كان أخوان أو أختان أو عمتان أو خالتان فإنه لابأس ببيع واحد من ذلك واحتباس الصغير مع الآخر ، هذا لفظ الطحاوي وقد ذكر قول محمد « رح » مع أبي يوسف كما ترى ، وقد ذكر الكرخي « رح » في مختصره قول محمد مع أبي حنيفة كما ذكره المصنف .

(ولهما) أي ولأبي حنيفة ومحمد « رح » (أن ركن البيع صدر من أهله) وهو العاقل البالغ حال كونه مضافاً (في محله) وهو المالية (وإنما الكراهة لمعنى مجاور) وهو للرخصة الحاصلة بالتفريق (فشابه كراهة الاستيام) أي السوم على سوم أخيه فإنه مكروه لا فاسد ، والحديث محمول على طلب الإقالة أو بيع آخر ممن باع من احدهما (وإن كان كبيرين فلا بأس بالتفريق بينهما لأنه ليس في معنى ماورد به النص) لأن معنى ما ورد به الشرع هو أن التفريق قطع الاستيناس ، وترك التعاهد وليس هذا في الكبيرين (وقد صح أنه) أن النبي ﷺ (فرق بين مارية وسيرين وكانتا أمتين أختين) بيان هذا ما رواه البزار في مسنده من حديث عبد الله بن بريدة عن أبيه قال أهدى المقوقس

القبطي لرسول الله ﷺ جاريتين وبغلة كان يركبها ، فأما إحدى الجاريتين فتسراها فولدت له إبراهيم « رح » وهي مارية أم إبراهيم وأما الأخرى فوهبها رسول الله ﷺ لحسان ابن ثابت رضي الله عنه وهي أم عبد الرحمن بن حسان .

وأخرج البيهقي من طريق ابن إسحاق في دلائل النبوة عن الزهري عن عبد الرحمن ابن عبد القادر أن رسول الله ﷺ بعث حاطب بن بلتعة إلى التوقر صاحب الإسكندرية بكتاب فقبل الكتاب وأكرم حاطبا ، وأحسن نزله وخرجه إلى النبي ﷺ وأهدى له مع حاطب كسوة وبغلة مسروجة وجاريتين إحداهما أم إبراهيم ، وأما الأخرى فوهبها رسول الله ﷺ لجهم بن قيس العقدي وهي أم زكريا بن جهم الذي كان خليفة عمرو بن العاص على مصر ... إنتهى وهذا مرسل ومخالف لما رواه البزار كما تراه .

ولكن جمع بينهما بحديث آخر رواه البيهقي أيضاً باسناده إلى حاطب بن بلتعة قال بعثني رسول الله ﷺ إلى المقوقس ملك الاسكندرية فجئته بكتاب رسول الله ﷺ فأنزلني في منزله فأقمت عنده ثم بعث إلي وقد جمع بطارقته إلى أن قال، وهذه هدايا أبعث بها معك إلى محمد ﷺ فأهدي إلى رسول الله ﷺ ثلاث جوار منهن أم إبراهيم بن رسول الله ﷺ وواحدة وهبها عليه الصلاة والسلام لأبي جهم بن حذيفة العدوى وواحدة وهبها حسان بن ثابت الأنصاري ... إنتهى .

قلت أبو جهم ذكره أبو عمر في الاستعياب وقال قيل إسمه عامر بن حذيفة ، وقيل عبيد بن حذيفة أسلم عام الفتح وصحب النبي ﷺ توفي آخر خلافة معاوية رضى الله عنه وأما جهم بن قيس فذكره أيضاً فى الاستيعاب ، وقال جهم بن قيس بن عبد بن شرحبيل ابن عبد مناف بن عبد الدار ، وقال هاجر إلى أرض الحبشه مع امرأته وتوفيت امرأته هناك ولم يتعرض إلى قضية هبة النبي عليه الصلاة والسلام إياه الجارية ولا في أبي جهم ، وأما سيرين فقيد ذكرها أبو عمر « رح » في الاستيعاب في باب السين المهملة وكذا ذكرها الذهبي في تجريد الصحابة وذكرها الأترازي بثلاث نقط على السين ، والظاهر أنه سهو .

باب الاقالة

الاقالة جائزة في البيع بمثل الثمن الأول لقوله ﷺ من أقال نادماً بيعته أقال الله عثراته يوم القيامة ، ولأن العقد حقهما فيملكان رفعه

(باب الاقالـــة)

أي هذا باب في بيان أحكام الإقالة ، قيل الإقالة مشتق من القول والهمزة للسلب كاشكي يعني أزال القول السابق وهذا سهوبل هى من القبيل بدليل ، قلت البيع بكسر القاف فهذا يدل على أن عين الفعل . يا والجوهـــري ذكرها في الصحاح في القاف مع الياء وأقلته البيع إقالة وهو فسخه ورفعه ، وذكر فى مجموع اللغة قال البيع قيلا وإقالة فسخ والمنـــاسبة بين هذا الباب وبين الذي قبله هي أن الخلاص من حيث البيع الفاسد والمكروه لما كان بالفسخ كان للإقالة تعلقاً خاصاً بها فذكر عقبها .

(الإقالة جائزة في البيع بمثل الثمن الأول) لا خلاف للأئمة الأربعة « رح » في جواز الإقالة ولكن خلافهم أنها فسخ أو بيع على ما يأتي ، والدليل على جوازها الحديث الذي يأتي ولأن الإقالة رفع العقد والعقد حق المتعاقدين وقد انعقد بتراضيهما فكان لهما رفعه دفعاً للحاجة (لقوله عليه الصلاة والسلام) أي لقول النبى عليـــه الصلاة والسلام (من أقـــال نادما بيعته أقال الله عثرته يوم القيامة) هذا الحديث أخرجه أبو داود وابن ماجه عن الأعمش عن أبى صالح عن أبى هريرة رضى الله عنه قال قال رسول الله ﷺ من أقال مسلماً بيعته أقال الله عثرته ، زاد ابن ماجه يوم القيامـــة ، ورواه ابن حبان فى صحيحه والحاكم فى مستدركه وقال صحيح على شرط الشيخين ، ولم يخرجاه ، وقال ابن حبان فيه يوم القيامة دون الحاكم وناد ما عند البيهقى .

(ولأن العقد) أي عقد البيع (حقهما فيملكـــان رفعه) أي رفع العقد الذي وقع

دفعاً لحاجتهما ، فإن شرط أكثر منه أو أقل فالشرط باطـــل ويرد مثل الثمن الأول ، والأصل أن الاقالة فسخ في حق المتعاقدين بيـع جديد في حق غيرهما ، الا أنه لا يمكن جعله فسخاً فتبطل وهـــذا عند أبي حنيفة « رح » ، وعند أبي يوسف « رح » هو بيع إلا أنـه لا يمكن جعله بيعاً فيجعل فسخاً ، إلا أنه لا يمكن فتبطل ،

بينهما (دفعا) أي لأجل الدفع (لحاجتهما) لأن كل من كان له حق يملك رفعه (فإن شرط أكثر منه) أي من الثمن الأول (أو أقل) أي أو شرط الأقل من الثمن الأول (فالشرط باطل) ولا يسقط رد الثمن من البائع ، وعند الشافعي رضي الله عنه الإقالة فاسدة والثمن على حال ، وإذا كان الشرط المذكور باطلاً (يرد) أي البائع (مثل الثمن الأول) الذي وقع العقد عليه .

(والأصل) أي في هذا الباب (أن الإقالة فسخ في حق المتعاقدين) في جميع الأحوال منقولاً كان المبيع أو غير منقول ، مقبوض أو غير مقبوض (بيع جديد) أي الإقالة بيــع (في حق غيرهما) ولهذا تجب الشفعة للشفيع فيما إذا باع داراً فسلم الشفيع الشفعة ثم تقايلا وعاد المبيع إلى ملك البائع ، ولو كانت الإقالة بيعاً لما جاز لكونه قبل القبض بل هي جديد في حق غيرهما (إلا أنه لا يمكن جعله فسخاً فتبطل) أي الإقالة كما إذا ولدت المبيعة بعد القبض ولداً فإن الزيادة المنفصلة تمنع فسخ العقد حقاً للشرع .

(وهذا) أي المذكور كله (عند أبي حنيفة رضي الله عنه و عند أبي يوسف « رح » هو بيع) أي الإقـــالة بيع ، وإنما ذكر الضمير باعتبار المذكور أو بالنظر إلى أن لفظ الإقالة في الأصل مصدر (إلا أنه لا يمكن جعله بيعاً) كما إذا تقايلا في المنقول قبل القبض (فيجعل فسخاً ، إلا أنه لا يمكن) أي جعله فسخاً (فتبطل) أي الإقالة كما إذا تقابل في العروض المبيعة بالدراهم بعد هلاكهـــا أو تقايلا في المنقول قبل القبض على خلاف جنس الثمن الأول ، لان بيع المنقول قبل القبض لا يجوز والفسخ يكون بالثمن الأول وقد سميا ثمناً آخر .

وعند محمـــد « رح » هو فسخ إلا إذا تعذر جعله فسخاً فيجعل بيعاً ، إلا أنـه لا يمكن فيبطل ، لمحمد « رح » أن اللفظ للفسخ والرفع منه يقال أقلني عثرتي فيوفر عليه قضيته ، وإذا تعذر فيحمل على محتمله وهو البيع ، ألا ترى أنه بيع في حق الثالث ، ولأبي يوسف « رح » أنـه

(وعند محمد « رح » هو فسخ ، إلا إذا تعذر جعله فسخاً) أي إلا إذا تعذر جعل عقد الإقالة فسخاً بأن تقايلا بعد القبض بالثمن الأول بعد الزيادة المنفصلة أو تقايلا بعد القبض بخلاف جنس الثمن الأول (فيجعل بيعاً إلا أنـــه لا يمكن) أي جعله بيعاً كما في صورة بيع العروض بالدراهم بعد هلاكها (فتبطل) أي الإقـــالة ويبقى العقد على حاله .

وفي الذخيرة هذا الخلاف بينهم فيما إذا حصل الفسخ بلفظ الإقالة ، أما إذا جعل بلفظ المفاسخة والمبادلة أو الرد فإنها لا تجعل بيعاً وإن أمكن أن تجعل بيعاً ، وفي شرح الوجيز إذا كانت الإقالة بلفظ الإقالة فيه قولان فسخ أو بيع ، أما إذا قالا تفاسخنا فهو فسخ لا محالة ، وفي شرح الأقطع وعن أبي حنيفة « رح » رواية أخرى أن الإقالة بيع بعد القبض وفسخ قبله ، وفي شرح الطحاوي وروى عن أبي يوسف « رح » أنه قال الإقالة بيع على كل حال حتى أنه أبطل الإقالة في المنقول قبل القبض لأنه لا يجوز بيعه (لمحمد « رح » أن اللفظ) أي لفظ الإقالة (للفسخ والرفع) يعني في اللغة (ومنه يقال أقلني عثرتي) أي ارفعها (فيوفر عليه) أي على اللفظ (قضيته) أي ما اقتضاه من موضوعه اللغوي .

(وإذا تعذر) أي الفسخ (يحمل على محتملة وهو البيع) بطريق المجاز، ولهذا كانت بيعاً في حق الثالث ، وإنما يحمل على البيع صيانة لكلام العاقل عن الإلغاء ، وقوله (ألا ترى) توضح لكون الإقالة بيعاً عند تعذر الفسخ بطريق المجاز وهو احتمال اللفظ إياه (أنه) أي أن الإقالة (بيع في حق الثالث) وهو الشفيع (ولأبي يوسف أنه) أي

مبادلة المال بالمال بالتراضي ، وهذا هو حــــد البيع ، ولهذا يبطل بهلاك السلعـــــة ويرد بالعيب وتثبت به الشفعة وهذه أحكام البيع ولأبي حنيفة « رح » أن اللفظ يبنى على الفسخ والرفع لما قلنـــا ، والأصل إعمال الألفاظ في مقتضياتها الحقيقية ، ولا يحتمل ابتـداء العقد ليحمل عليه عند تعذره لأنه ضده ، واللفظ لا يحتمل ضـده فتعين البطلان ، وكونه بيعاً في حق الثالث أمر ضروري لأنه يثبت

أن الإقالة (مبادلة المال بالمال بالتراضي وهذا هو) أي المذكور وهو مبادلة المال بالمال بالتراضي (حــــد البيع) وان تلفظا بلفظ الإقالة لأن العبرة للمعاني لا للألفاظ ، ولهذا تجعل الكفالة بشرط براءة الأصل حوالة والحوالة بشرط عدم البراءة كفالة .

(ولهذا) أي ولكون الاقـــالة مبادلة المال بالمال بالتراضي الذي هو حد البيع (تبطل) أي الاقالة (بهلاك السلعة وترد بالعيب) كما في البيع (وتثبت به الشفعة ، وهذه أحكام البيع) فتكون الاقامة بيعاً إلا أن المنقول قبل القبض لو حملت على البيع كان فاسداً فحملت على الفسخ حملاً لكلامهما على الصحة .

(ولأبي حنيفة « رح » أن اللفظ) أي لفظ الاقالة (يبنى على الرفع والفسخ لما قلنا) أشار به إلى قوله إن اللفظ للفسخ والرفع (والأصل إعمال الألفاظ في مقتضياتها الحقيقية) فإذ تعذر صير إلى المجاز ان أمكن وإلا بطل (ولا يحتمل) أي الاقالة (ابتداء العقد ليحمل عليه) أي على العقد مجاز (عند تعذره لأنه) أي لأن العقد (ضده) أي ضد الرفع (واللفظ لا يحتمل ضده) واستعارة أحد الضدين للآخر لا يجوز كما عرف في موضعه ، فإذا كان كذلك (فتعين البطلان) أي بطلان الإقالة .

(وكونه بيعاً في حق الثالث) جواب عما يقال الإقالة بيع جديد في حق الثالث ، ولو لم يحتمل البيع لم يكن ذلك تقرير الجواب أن كون الإقالة بيعاً في حق الثالث الذي هو الشفيع (أمر ضروري) يعني ثبوته بيعاً بطريق الضرورة ـ والحكم لا باعتبار اللفظ وليس بطريق المجاز إذ الثابت بالمجاز ثابت تقتضيه الصيغة ، وهذا ليس كذلك (لأنه

به مثل حكم البيع وهو الملك لا مقتضى الصيغة ، إذ لا ولاية لهما على غيرهما إذا ثبت هذا تقول إذا شرط الأكثر فالاقالـــة على الثمن الأول لتعذر الفسخ على الزيادة إذ رفع ما لم يكن ثابتاً محال فيبطل الشرط لأن الاقالة لا تبطل بالشروط الفاسدة بخلاف البيع، لأن الزيادة يمكن إثباتها في العقد فيتحقق الربا ،

يثبت به مثل حكم البيع وهو الملك) للبـــائع ببدل ظهر موجبه في حق ثالث دونهما لامتناع ثبوت الضدين في محل واحد ، فإذا كان كذلك اعتبر الحكم في الثالث لا الصيغة يعني لا تعتبر الصيغة وهو معنى قوله (لا مقتضى الصيغة) لأن البيع وضع لإثبات الملك قصداً وزوال الملك من ضروراته والإقالة وضعت لإزالة الملك وإبطاله وثبوت الملك من ضروراته فيثبت لكل واحد منهما الملك فيما كان لصاحبه كما ثبت في المبايعة فاعتبر موجب الصيغة في حق المتعاقدين ، لأن لهما ولاية على أنفسهما ، واعتبر الحكم في حق غيرهما ، ولا ولاية لهما في حق غيرهما وهو معنى قوله (إذ لا ولاية لهما) أي للمتعاقدين (على غيرهما) بأن يجعلا هذا المبيع فسخاً في حق غيرهما ،لكون الفسخ إضراراً في حق الغير ، وجواب المصنف « رح » في الحقيقة ... الخ .

وقال الأكمل « رح » وجواب إخوان المدعي أن كون الإقالة بيعاً جديداً في حق ثالث ليس مقتضى الصيغة ، لأن كونها فسخاً مقتضاها فلو كان كونها بيعاً كذلك لزم الجمع بين الحقيقة والمجـــاز (إذا ثبت هذا) أي ما ذكر من الأصل (نقول إذا اشترط الأكثر فالاقالـــة على الثمن الأول) الذي وقع عليه العقـــد (لتعـــذر الفسخ على الزيادة) لأن فسخ العقد عبارة عن رفعه على الوصف الذى كان قبله والفسخ على الزيادة ليس كذلك (إذ رفع مـــا لم يكن ثابتاً محال فيبطل الشرط) والاقالة لا تبطل (لأن الاقالة لا تبطل بالشروط الفاسدة بخلاف البيع) حيث يبطل بالشروط الفاسدة (لأن الزيادة يمكن إثباتها في العقد فيتحقق الربا) لأن في الشرط شبهة الربا ، لأن فيه منفعة لأحد المتعاقدين وهو مستحق بعقد المعاوضة خال عن العوض

أما لا يمكن اثباتها في الرفع وكذا إذا شرط الأقل لما بيناه ، إلا أن يحدث في المبيع عيب فحينئذ جازت الاقالة بالأقل لأن الحط يجعل بإزاء ما فات بالعيب ، وعندهما في شرط الزيادة يكون بيعاً ، لان الاصل هو البيع عند أبي يوسف « رح » ، وعند محمد « رح » جعله بيعاً ممكن فإذا زاد كان قاصداً بهذا البيع وكذا في شرط الأقل عند أبي يوسف « رح » لأنه هو الأصل عنده ، وعند محمد « رح » هو فسخ بالثمن الأول لأنه سكوت عن

(أما لا يمكن إثباتها) أي إثبات الزيادة (في الرفع) أي في رفع العقد لأن الاقالة تشبه البيع من حيث المعنى فكان الشرط الفاسد فيها شبهة الشبهة ، فلا يؤثر في صحة الاقالة كما لا يؤثر في صحة البيع بخلاف البيع لأن الزيادة فيه إثبات ما لم يكن بالعقد فيتحقق الربا .

(وكذا إذا شرط الأقل) أي من الثمن الأول (لما بيناه) من قوله إذ رفع ما لم يكن ثابتاً محـــال ، وقال الأترازي « رح » إشارة إلى قوله لتعذر الفسخ (إلا أن يحدث في المبيع عيب فحينئذ جازت الإقالة بالأقل ، لأن الحط يجعل بإزاء ما فات بالعيب) وقال تاج الشريعة « رح » هذا إذا كانت حصة العيب مقدار المحطوط أو زائد أو أنقص بقدر ما يتغابن الناس فيه (وعندهما) أى عند أبي يوسف ومحمد « رح » (في شرط الزيادة يكون بيعاً ، لأن الأصل هو البيع عند أبي يوسف وعند محمد « رح » جعله بيعاً ممكن) يعني وإن كانت الاقالة عنده فسخاً ، لكنها في الزيادة غير ممكن ، وجعله بيعاً ممكن (فإذا زاد كان قاصداً بهذا البيع) لأن في الزيادة تعذر العمل بالحقيقة فيصار إلى المجاز صوناً للكلام العاقل عن الالغاء ، ولا فرق عند أبي يوسف « رح » في الزيادة والنقصان ، لأن الأصل عنده هو البيع ، وعند محمد « رح » هو الفسخ .

(وكذا في شرط الأقل عند أبي يوسف « رح ») أى بيع عنده (لأنه) أى لان البيع (هو الأصل عنده ، وعند محمد « رح » هو فسخ بالثمن الأول لأنـــه سكوت عن

بعض الثمن الأول وهو الاصل ، ولو سكت عن الكل وأقال يكون فسخاً ، فهذا أولى بخلاف ما إذا زاد ، وإذا دخله عيب فهو فسخ بالأقل لما بيناه . ولو قال بغير جنس الثمن الأول فهو فسخ بالثمن الأول عند ابي حنيفة « رح » ويجعل التسمية لغوا ، وعندهما بيع لما بينا، ولو ولدت المبيعة ولداً ثم تقايلا فالإقالة باطلة عنده لأن الولد مانع من الفسخ ، وعندهما يكون بيعاً ،

بعض الثمن الأول وهو الأصل ، ولو سكت عن الكل) أى عن جميع الثمن (وأقال يكون فسخاً ، فهذا أولى بخلاف ما إذا زاد) حيث يجعل بيعاً عند محمد « رح » ، واعترض بأن كونه فسخاً إذا سكت عن كل الثمن اما أن يكون على مذهبه خاصة أو على الاتفاق والأول رد المختلف على المختلف ، والثاني غير ناهض ، لان أبا يوسف « رح » إنما يجعله فسخاً لامتناع جعله بيعاً لانتفاء ذكر الثمن بخلاف صورة النقصان ، فإن فيها ما يصلح ثمناً.

(وإذا دخله عيب فهو فسخ بالاقل لما بيناه) أن الحط يجعل بازاء ما فاته بالعيب (ولو قال بغير جنس الثمن الاول فهو فسخ بالثمن الاول عند أبي حنيفة « رح » ويجعل التسمية لغواً ، وعندهما بيع لما بينا) يعني وجه كل واحد منهما في فصل الزيادة (ولو ولدت المبيعة ولداً ثم تقايلا فالاقالة باطلة عنده) يعني عند أبي حنيفة « رح » (لان الولد مانع من الفسخ) لاجل الزيادة (وعندهما يكون بيعاً) وحاصله ما ذكره في الذخيرة أن الجارية إذا ولدت ثم تقايلا فان كان قبل القبض صحت الاقالة سواء كانت الزيادة متصلة كالسمن والجمال أو منفصل كالولد والارش والعقر ، لان الزيادة قبل القبض لا تمنع الفسخ منفصلة كانت أو متصلة ، والزيادة بعد القبض إن كانت منفصلة فالاقالة باطلة عند أبي حنيفة « رح » ، لانه لا يصححها إلا فسخا وقد تعذر حقاً للشرع ، وإن كانت متصلة فهي — صحيحة عنده لان المتصلة لا تمنع الفسخ عنده متى وجد برضا من له الحق في الزيادة ببطلان حقه فيها وقد وجد الرضى لما تقايلا فأمكن تصحيحها فسخاً عنده .

والإقالة قبل القبض في المنقول وغيره فسخ عند أبي حنيفة ومحمد «رح» وكذا عند أبي يوسف «رح» في المنقول لتعذر البيع، وفي العقار يكون بيعاً عنده لإمكان البيع فإنه بيع العقار قبل القبض جائز عنده. قال وهلاك الثمن لا يمنع صحة الإقالة وهلاك المبيع يمنع عنها، لأن رفع المبيع يستدعي قيامه وهو قائم بالمبيع دون الثمن، فإن هلك بعض المبيع جازت الإقالة في الباقي لقيام البيع فيه وإن تقابضا تجوز الإقالة بعد هلاك أحدهما ولا تبطل بهلاك أحدهما لان كل واحد منهما مبيع فكان البيع باقياً والله أعلم بالصواب

(والاقالة قبل القبض من المنقول وغيره فسخ عند أبي حنيفة ومحمد « رح » وكذا عند أبي يوسف « رح » في المنقول لتعذر البيع) وذلك أن بيع المنقول قبل القبض لا يجوز بالاجماع، وبيع العقار قبل القبض يجوز عند أبي حنيفة وأبي يوسف «رح» (وفي العقار يكون بيعاً عنده) أى عند أبي يوسف « رح » (لامكان البيع فانه بيع العقار قبل القبض جائز عنده) أى عند أبي يوسف « رح ».

(قال) أى القدورى (وهلاك الثمن لا يمنع صحة الاقالة وهلاك المبيع يمنع عنها) أي صحة الإقالة (لان رفع المبيع يستدعي قيامه) أو قيام البيع (وهو) أى قيام البيع (قائم بالمبيع ودون الثمن) لان الأصل هو المبيع ولهذا شرط وجوده عند البيع بخلاف الثمن فانه بمنزلة الوصف، ولهذا جاز العقد وإن لم يكن موجوداً (فان هلك بعض المبيع جازت الاقالة في الباقي لقيام البيع فيه وإن تقابضا) أى لو عقدا عقد المقايضة وهي بيع عوض بعوض مأخوذ من قولهم هما قبضان أي مثلان (تجوز الإقالة بعد هلاك أحدهما) اي أحد العوضين (ولا تبطل بهلاك أحدهما لأن كل واحد منهما مبيع فكان البيع باقياً والله أعلم بالصواب) لأن

الأصل وجود المبيع فإن قيل ما الفرق بين التقـــابض والتصارف فإن هلاك البدلين في الصرف غير مــــانع من الإقالة ، وفي التقابض مانع مع أن في كل منهما لكل واحد من البدلين حكم المبيع ، إذ ليس أحدهما أولى من الأخرى في جعله مبيعاً أو ثمنا ، قلنا الفرق أن في التصارف لا يلزمه رد المقبوض بعد الإقالة وله الخيار إن شاء رده وإن شاء رد مثله فلا يكون هلاك المقبوض مانعاً لصحة الإقالة ، وإن كان في العوضين جميعاً لأن الإقالة لا تتعلق بأعيانهما لو كانا قائمين فصار هلاكهما كقيامهما ، بخلاف المقايضة لأنهما متى كانا قائمين فتتعلق الإقـــالة بأعيانها وبهلاكهما لم يبق شيء من المعقود عليه ، وشرط قيامه في البيع والإقالة كذا في المبسوط .



باب المرابحة والتولية

قال المرابحة نقل مـــا ملكه بالعقد الاول بالثمن مع زيادة ربح ، والتولية نقل ما ملكه بالعقد الاول بالثمن الاول من غير زيادة ربح ،

(باب المرابحة والتولية)

أي هذا باب في بيان أحكام المرابحة والتولية ، ولما ذكر أنواع البيوع التي ترجع إلى جانب المبيع ،شرع في بيان أنواع البيوع التي ترجع أحكامها إلى جانب الثمن من المرابحة والتولية والربا والصرف والبيع بالنسيئة وتقديم الأول على الثاني لأصالة المبيع دون الثمن.

(قال) أي القدوري (المرابحة نقل ما ملكه بالعقد الأول بالثمن الأول مع زيادة ربح) هذا تعريف المرابحة وهو مصدر رابح من باب المفـــاعلة الذي يستدعي مشاركة الإثنين ، قوله مـــا ملكه وفي بعض النسخ ما تملكه من باب التفعل (والتولية نقل ما ملكه بالعقد الأول بالثمن الأول من غير زيادة ربح) التولية مصدر وفي غيره أي جعله والياً . هذا بحسب اللغة وأمـــا بحسب اصطلاح الشرع فهو الذي ذكره وفي كل منهما اعتراض .

أما تعريف المرابحة فغير مطرد ولا منعكس ، أما الأول فلأنه من اشترى دنانير بالدراهم لا يجوز بيع الدنانير مرابحة مع صدق التعريف عليه ، وأما الثاني فلأن المغصوب الآبق إذا عـــار بعد القضاء بالقيمة على الغاصب جاز بيعه للغاصب مرابحة ، والتعريف ليس بصادق عليه لأنه لا عقد فيه ، ولأنه مشتمل على إبهام يجب عنه خلو التعريف ، وذلك لأن قوله بالثمن الأول إما أن يراد به عين الثمن الأول أو مثله لا سبيل إلى الأول لأن عين الثمن الأول صار ملكاً للبائع الأول ،فلا يكون مراداً في البيع الثاني ولا إلى الثاني ولأنه لا يخلو إما أن يراد المثل من حيث الجنس أو المقدار ، والأول ليس بشرط لما ذكر في الإيضاح والمحيط أنه إذا باعه مرابحة ، فإن كان ما إشتراه بدله مثل جاز جعل الربح من جنس رأس المال

للدراهم من الدراهم أو من غير الدراهم من الدنانير أو على العكس ، إذا كان معلوماً يجوز به الشراء لأن الكل ثمن .

والثـــاني يقتضي أن لا يضم إلى رأس المال إجرة القصار والصباغ والطراز وغيرها بأنهـــا ليست بثمن في العقد الأول على أن الثمن ليس بشرطــــه في المرابحة أصلاً ، فإنه لو ملك ثوباً بهته أو وصبــه فقومه ثم باعه مرابحة على ملك والقيمة جاز المسألة في المبسوط .

قيل فعلى هذا الأولى أن يقال نقل ما ملكه من السلع بما قام عنده ،والجواب عن الأول إنا لا نسلم صدق التعريف عليه ، فإنه إذا لم يجز البيع لا يصدق عليه النقل ، وعن الثاني بان المراد بالعقد أعم من أن يكون إبتداء أو إنتهـــاء ، وإذا قضى بالقيمة عاد ذلك عقداً حتى لا يقدر المـــالك على رد القيمة وأخذ المغصوب ، والمرادبه بالمثل هو المثل في المقدار ، والعــــادة جرت بإلحاق ما يزيد في البيع أو قيمته إلى رأس المال كان من جملة الثمن الأول عـــادة ، وإذا لم يكن الثمن نفسه مراداً يجعل مجازاً عما قام عنده من غير خيانة فيدخل فيه مسألة المبسوط .

وإنمـــا عبر عنه بالثمن لكونه العادة الغالبة في المرابحات فيكون من باب ترك الحقيقة للعـــادة وأما تعريف التولية فإنه يرد على المرابحة من حيث لفظ العقد والثمن الأول الجواب :

(والبيعان) أي بيع المرابحة وبيع التولية (جائزان لاستجماع شرائط الجواز) لان المبيع معلوم والثمن والناس يعاملون بهما من غير تكبير ، وتعامل الناس من غير تكبير حجة لقوله ﷺ ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن (والحاجة ماسة إلى هـــذا النوع من البيع لأن الغبي) بفتح الغين المعجمة وكسر الباء الموحدة وتشديد الباء هو الذي يخفى عليه الأمور ، ويقال هو قليل الفطنة وهو على وزن فعيل من السواء ،وقال الجوهري « رح » يقول غبيت عن الشيء وغبيته أيضاً أعني غبـاوة إذا لم تفطن له وغبي على الشيء

الذي لا يهتدي في التجارة يحتـــاج إلى أن يعتمد على فعل الذكي المهتدي ، ويطيب نفسه بمثل ما اشترى وبزيادة ربح فوجب القول بجوازها ، ولهذا كان مبناهما على الامانة والاحتراز عن الخيانة وعن شبهتها ، وقد صح أن النبي ﷺ لما أراد الهجرة ابتـــاع أبو بكر « رض » بعيرين ، فقال له النبي ﷺ ولني أحدهما فقال هو لك بغير شيء ، فقال عليه السلام أما بغير ثمن فلا ، قال ولا تصح المرابحة

غبياً كذلك إذا لم تعرفـــه ، ووصف المصنف « رح » المعنى بقوله (الذي لا يهتدي في التجارة يحتاج إلى أن يعتمد على فعل الذكي المهتدي ويطيب نفسه بمثل ما اشترى وبزيادة ربح) نقد بأمانته واعتماداً على بصيرته (فوجب القول بجوازهما ولهذا) أي ولأجل ذلك (كان مبناهما) أي مبنى المرابحة والتولية (على الأمانة والإحتراز عن الخيانـــة وعن شبهتها) أي وعن شبهة الخيانة حتى إذا اشترى شيئاً مؤجلا ليس له أن يبيعه مرابحة إلا إذا بين الأجل (وقد صح أن النبي ﷺ لما أراد الهجرة ابتاع أبو بكر بعيرين فقـــال له النبي ﷺ ولني أحدهما فقال هو لك بغير شيء ، فقال ﷺ أما بغير ثمن فلا) هـــذا غريب فلذلك قال الأكمل « رح » وقد صح التولية من النبي ﷺ كما ذكره في الكتاب ولم يزد عليه شيئاً .

وحديث أبي بكر رضي الله عنه في البخاري عن الزهري عن عروة عن عائشة رضي الله عنها وفيه أن أبا بكر قال للنبي ﷺ خذ بأبي أنت وأمي يا رسول الله راحلتي هاتين فقال ﷺ بالثمن الحديث ليس فيه غير ذلك أخرجه في مكرمة الخلق ، ورواه أحمـــد « رح » في مسنده ولفظه فأعطى أبو بكر رضي الله عنه إحدى الراحلتين ، فقال خذها يا رسول الله ﷺ فاركبها ، وقال ﷺ أخذتها بالثمن الحديث وفي الطبقات لإبن سعد ، وكان أبو بكر رضي الله عنه قد اشتراها بثمان مائـــة درهم من نعم بني قسر ، فأخذ إحداهما وهي القصواء .

(قال) أي القدوري « رح » (ولا تصح المرابحة والتولية حتى يكون العوض) أي

والتولية حتى يكون العوض مما له مثل لانه إذا لم يكن له مثل لو ملكه ملكه بالقيمة وهي مجهولة، ولو كان المشتري باعـــه مرابحة ممن يملك ذلك البدل وقد باعه بربح درهم أو بشيء من المكيل موصوف جاز لانه يقدر على الوفاء بما التزم، وإن باعـــه بربح ده يازده لا لا يجوز لانه باعـــه برأس المال وببعض قيمته لانه ليس من ذوات الامثال، ويجوز أن يضيف إلى

الثمن (مما له مثل لأنه إذا لم يكن له مثل لو ملكه ملكه بالقيمـة وهي مجهولة) تعرف بالحزر والظن فيتمكن فيه شبهة الخيانة فيحترز عنها كما يحترز عن حقيقة الخيانة إذ مبنى المرابحة على الأمانة، ولهذا لو اشترى عبدين أو ثوبين بثمن مؤجل فباع أحدهما مرابحة بحصة من الثمن أو بغير بيان الأجل لا يجوز عندنا.

وقال الشافعي رضي الله عنه يجوز ان قسط الثمن على القيمة وأخبر بما يخصه (ولو كان المشتري باعه مرابحة ممن يملك ذلك البدل) قوله مرابحة نصب على التمييز، وقوله ممن يملك ذلك البدل خبر كان، صورته رجل بـــاع عبداً بثوب وملك ذلك الثوب غيره من البائع بسبب من الأسباب، وذلك الغير الذي في يده الثوب يشتري هـــذا العبد بذلك الثوب ويربح درهم، جاز وهو معنى قوله (وقد باعـه بربح درهم أو بشيء من المكيل موصوف. جاز لأنه يقدر على الوفاء بما التزم، وإن باعه بربح ده ياز ده) أي بربح درهم على عشرة دراهم، وإن كان الثمن عشرين كان الربح بزيادة درهمين، وإن كان ثلاثين فثلاثة ولفظ ده بفتح الدال وسكون الهاء وهو إسم العشرة بالفارسية وباء ده بالبـــاء آخر الحروف وسكون الزاي وده مثل الأول وهو إسم أحد عشر بالفارسية، قال في هـــذه الصورة (لا يجوز لأنه باعه برأس المال وببعض قيمته، لأنه ليس من ذوات الأمثـال) فصار البائع بائعاً بذلك الثمن القيمي كالثوب مثلاً أو بجزء من أحد عشر جزء من الثوب، والجزء الحـادي عشر لا يعرف إلا بالقيمة وهي مجهولة فلا يجوز (ويجوز أن يضيف إلى

رأس المال إجرة القصار والطراز والصبغ ، والفتل وإجرة حمل الطعام لان العرف جاز بإلحاق هذه الاشياء برأس المال في عادة التجار ، ولان كل ما يزيد في المبيع أو في قيمته يلحق به هذا هو الاصل ، وما عددناه بهـــذه الصفة لان الصبغ وأخواته يزيد في العين والحمل يزيد في القيمة ، إذ القيمة تختلف باختلاف المكان .

رأس المال إجرة القصار والصباغ [1] والطراز) بكسر الطـــاء وتخفيف الراء وهو علم بالثوب قاله في المعرب .

(والفتل) من فتلت الحبل وغيره (وإجرة حمل الطعام لأن العرف جار بإلحاق هذه الأشياء برأس المال في عادة التجار ، ولأن كل ما يزيد في المبيع او في قيمته يلحق بـــه ، هذا هو الأصل وما عددناه بهذه الصفة لأن الصبغ وأخواته يزيـــد في العين أو في قيمته ، والحمل يزيد في القيمة ، إذ القيمة تختلف باختلاف المكان) بحسب قرب المسافة وبعدها، وفي شرح الطحاوي وبعض مشايخنا « رح » اصل في ذلك أصلاً ، فقال كل مـــا يؤثر في المعقود عليه ، فإن بدله يلحق برأس المال ، وكل ما لا يؤثر في العين ، فإنـــه لا يلحق برأس المال .

إلا أن هذا الاصح لا يصح ، فإن الكبرى وإجرة الثار وسابق الغنم تضم ولا تؤثر في العين ، وفي الإيضاح والمعنى الذي اعتمد عليه من اعتبار عادة التجار تعم المواضع كلهـــا (ويقول قام علي بكذا ولا يقول اشتريته بكذا كيلا يكون كاذباً) هذا لفظ القدوري « رح » يعني في كل موضع يجوز له أن يضم إلى رأس المال بقوله قام علي بكذا ، ولأنـــه صدق لا يقول اشتريته بكذا لأنه كذب وهو حرام ، وهذا بخلاف ما إذا اشترى متاعاً ثم رقمه بأكثر من ثمنه ثم باعه مرابحة على رقمه فهو جائز ، وهي مسألة الأصل حيث لا يقول قام علي بكذا ولا اشتريته بكذا لانه كذب ، وإنما يقول رقمه كذا وكذا فانا أبيعه مرابحة على ذلك ، وقال محمد « رح » في الاصل وكذلك لو كان أصله ميراثـــاً أو هبة أو

---

(١) والطراز والصبغ – هامش

ويقول قام علي بكذا ولايقول اشتريته بكذا كيلا يكون كاذباً ، وسوق الغنم بمنزلة إجرة الراعي وكراء بيت الحفظ لانه لا يزيد في العين والمعنى ، وبخلاف إجرة التعليم لان ثبوت الزيادة لمعنى فيه وهو حذاقته ،

صدقة فقومه قيمة ثم باعه مرابحة على تلك القيمة كان ذلك جائزاً ، ورقم الثوب وشاه رقماً ، والتاجر يرقم الثياب أي يعلم بها بأن ثمنها كذا ومنه لا يجوز بيع الشيء برقمه كذا في المغرب .

(وسوق الغنم بمنزلة الحمل) يعني في جواز ضم ما أنفق على الغنم في سياقها كما له أن يضم إجرة الحمل (بخلاف إجرة الراعي) حيث لا يجوز ضمه (وكراء بيت الحفظ لانه) اي لان إجرة الراعي ، وكذا كراء بيت الحفظ (لا يزيد في العين) وهو ظاهر (والمعنى) أي ولا يزيد في المعنى وهو القيمة والمالية (وبخلاف إجرة التعليم) وهو عطف على قوله بخلاف إجرة المراعي (لان ثبوت الزيادة لمعنى فيه) اي في المتعلم (وهو حذاقته) أي ذكاء ذهنه .

وفي المبسوط أنفق على عبده في تعلم الدراهم لا يلحقها برأس المال لانه ليس فيه عرف ، وكذلك في تعلم الشعر والغنى والعربية وتعلم القرآن والحساب حتى لو كان في شيء من ذلك عرف ظاهر يلحقه برأس المال ، وكذا لا يلحق إجرة الطبيب والرائض والبيطار والراعي وجعل الآبق والختان والحجام لعدم العرف وفي التحفة ، وأما إجرة السمسار في ظاهر الرواية ملحق برأس المال وفي البرامكة قال لا يلحق .

وقال الكرخي « رح » في مختصره وكذلك إذا كان مضار بما أنفق على الرقيق في طعامهم وكسوتهم ، وما لا بد لهم منه إذا كان ما أنفق من ذلك بالمعروف ، فإن كان أسرف لم يضم الفضل وضم ما بقى ولا يضم ما أنفق على نفسه في سفره في كسوته وطعامه ومركبه ودهنه وغسل ثيابه ، ولا يضم أيضاً ما أنفق على مرض الرقيق في إجرة طبيب أو حجام او دواء .

وقيل أجرة الدلال لا تضم ، وكذا المساج الذي يؤجر في الطريق إلا إذا أجرت

فإن اطلع المشتري على خيانة في المرابحة فهو بالخيار عند أبي حنيفة «رح»، إن شاء أخـــذه بجميع الثمن وإن شاء تركه، وإن اطلع على خيانة في التولية أسقطها من الثمن، وقال الشمن، وقال أبو يوسف «رح» يحطفيهما، وقال محمد «رح» يخير فيهما لمحمد «رح» أن الاعتبار للتسمية لكونه

عادة التجار، وكذا لا يضم كل ما جاوز القوت من الطعام والإمام، وإلا إجرةالكيال في الطعام ونحوه، ويلحق بـــه ثمن علف الدواب وإجرة التجصيص والتطيين وحفر البئر في الدار والقناة في الارض ونفقة الكراب وكسح الكروم وسقى الزرع والكروم ما بقيت، فإذا ذهبت لم يحسب شيء منه وإجرة لقـاط التمر والسلاح والملاح ونحوها فان أنفق على الغنم وأصاب من أصوافها وألبانها يضم ما فضل من قيمتهـــا من الصوف واللبن وكذا الدجاجة إذا باضت.

وفى تتمة الشافعية يدخل المسكن الذي يأخذه السلطان (فـــان اطلع المشتري على خيانة) وفى التحفة ظهور الخيانة إما باقرار البائع أو بالبينة أو بالنكول عن اليمين وكذا فى تتمة الشافعية (فى المرابحة فهو بالخيار عند أبى حنيفة «رح» إن شاءأخذه بجميع الثمن، وإن شاء تركه) وبه قال الشافعى رضى الله عنه فى قول (وإن اطلع على خيانة فى التولية اسقطها من الثمن) أي اسقط الخيانة أي قدرها.

(وقال أبو يوسف «رح» يحط فيهما) أي يحط قدر الخيانة فى المرابحة والتوليـــة جميعاً، وبه قال الشافعى رضى الله عنه فى قول وأحمد «رح» وابن ابى ليلى «رح»، وحكى ابو حامد المروزي قول آخر عن الشافعى رضى الله عنه، إن البيع لا يصحوقيل هو مذهب مالك «رح» (وقال محمد «رح» يخير فيها) يعنى له الخيار، وإن شـــاء اخـــذه بجميع الثمن، وإن شاء تركه وبه قال الشافعى رضى الله عنـــه فى قول (لمحمد «رح» أن الاعتبار للتسمية) لتعلق العقد بالتسمية (لكونها [1]) أي لكون

---

(١) لكونه – هامش.

معلوماً ، والتولية والمرابحة ترويج وترغيب فيكون وصفاً مرغوباً فيه كوصف السلامة فيتخير بفواته ، ولابي يوسف « رح » أن الاصل فيه كونه تولية ومرابحة، ولهذا ينعقد بقوله وليتك بالثمن الاول أو بعتك مرابحة على الثمن الاول، إذا كان ذلك معلوماًفلابد من البناء على الاول وذلك بالحط غير أنـــه يحيط في التولية قدر الخيانة من رأس المال وفي المرابحة منه ومن الربح ،

التسمية (معلومة [١]) لأنـــه بحسب أن يكون الثمن معلوماً والعلم يحصل بالتسمية (والتولية والمرابحة ترويج وترغيب فيكون) أي ذكر التولية والمرابحة (وصفاً مرغوباً فيه كوصف السلامة) أي كوصف سلامة المبيع، فإذا فات الوصف المرغوب فيه بظهور الخيانة كان بمنزلة العيب (فيتخير بفواته) كما لو وجد المبيع معيباً (ولأبي يوسف «رح» أن الأصل فيه) أي في لفظ المرابحة والتولية (كونـــه) أي كون العقد (تولية ومرابحة) لا التسمية (ولهذا أي ولأجل كون العقد تولية ومرابحة (ينعقد) أي العقد (بقوله وليتك بالثمن الأول ، أو بعتك مرابحة على الثمن الأول إذا كان ذلك) أي الثمن (معلوماً) واقتصر هو على التسمية صح العقد والتسمية كالتفسير (فلا بد من البناء على الأول) أي فلا بد من بناء العقد الثـــاني في حق الثمن على العقد الأول ، إذ الثاني في حكم الأول ، وقدر الخيانة لم يمكن إثباته في العقد الثاني ، فيحط ضرورة وهو معنى قوله (وذلك بالحط) أي بحط شيء من الثمن وهو مجهول فبينه بقوله (غير أنه يحط في التولية قدر الخيانة من رأس المال) وهو ظاهر .

(وفي المرابحة منه) أي ويحط في المرابحة من رأس المال (ومن الربح) حتى لو باع ثوباً بعشرة على ربح خمسة فظهر أن الثمن كان ثمانية ، يحط قدر الخيانة وهو درهما من الأصل وما قابله من الربح وهو درهم ، فيأخذ الثوب باثني عشر درهماً لأن هذا ربح على الكل ، فظهرت الخيانة في الكل ، فيظهر الأثر في الربح أيضاً .

---

(١) معلوماً — هامش .

ولابي حنيفة «رح» أنـــه لو لم يحط في التولية لا تبقى تولية لانه يزيـــد على الثمن الاول فيتغير التصرف فتعين الحط ، وفي المرابحة لو لم يحط تبقى مرابحة، وإن كان يتفاوت الربح فلا يتغير التصرف فأمكن القول بالتخيير ، فلو هلك قبل أن يرده أو حدث فيه ما يمنع الفسخ يلزمه جميع الثمن في الروايات الظاهرة ، لانه مجرد خيار لا يقابله شيء من الثمن، كخيار الروية والشرط

(ولأبي حنيفة رضي الله عنه ، إنه لو لم يحط في التولية لا تبقى) أي العقد (تولية لانه يزيد على الثمن الاول) لكن لا يجوز أن لا يبقى تولية (فيتغير التصرف) حينئذ فلا يجوز فإذا كان كذلك (فيتعين الحط ، وفي المرابحة لو لم يحط تبقى مرابحة) كما كانت من غير تغير التصرف ، لكن يتفـــاوت الربح (وإن كان يتفاوت الربح فلا يتغير التصرف فأمكن القول بالتخيير) لفوات الرضاء (فلو هلك) أي المبيع (قبل أن يرده أو حدث فيه ما يمنع الفسخ) عند ظهور الخيانة (يلزمه جميع الثمن في الروايات الظاهرة) احترز به عما روي عن محمد رحمه الله في غير رواية الاصول ، إنه يفسخ البيع على القيمة ، إن كانت أقل من الثمن حتى يندفع الضرر عن المشتري بناء على حاصله في مسألة التحالف بعد هلاك السلعة ، إنه يفسخ بعد التحالف دفعاً للضرر عن المشتري ويرد القيمة ويسترد الثمن كذا ههنا .

وقال الإمام التمرتاشي رحمه الله من قال بالحط لو هلك المبيع أو استهلكه أو انتقض فله الحط ، وبه قـــال الشافعي رضي الله عنه قولاً واحداً أو إنما القولان له فيما إذا كانت السلعة قائمة ، وقال بالفسخ إذ امتنع لزمه جميع الثمن .

وفي الكافي لو هلك المبيع قبل أن يرده أو حدث به ما يمنع الفسخ عند ظهور الخيانة لزمه جميع الثمن وسقط خياره عند أبي حنيفة رضي الله عنه ، وهو المشهور من قول محمد رحمه الله (لانه مجرد خيار لا يقابله شيء من الثمن كخيار الشرط والرؤية)وقد

بخلاف خيار العيب ، لانه مطالبة بتسليم الفائت فيسقط ما يقابله عند عجزه ، قال ومن اشترى ثوباً فباعه بربح ثم اشتراه ، فإن باعه مرابحة طرح عنه كل ربح كان قبل ذلك ، فإن كان استغرق الثمن لم يبعه مرابحة وهذا عند أبي حنيفة « رح » ، وقالا يبيعه مرابحة على الثمن الأخير صورته إذا اشترى ثوباً بعشرة باعه بخمسة عشر ثم اشتراه بعشرة ، فانه يبيعه مرابحة بخمسة يقول قام علي بخمسة ولو اشتراه

تعذر الرد بالهلاك أو غيره فيسقط خياره (بخلاف خيار العيب) بحيث لا يجب كل الثمن بل ينقص منه مقدار العيب لاجل العيب (لانه) أي لان خيار العيب (مطالبة بتسليم الفائت) أي الجزء الفائت (فيسقط ما يقابله) أي ما يقابل العيب من الثمن (عند عجزه) أي عجز المشتري عن تسليمه بهلاك المبيع أو بحدوث ما يمنع الفسخ .

(قال) أي محمد « رح » في الجامع الصغير (ومن اشترى ثوباً فباعه بربح ثم اشتراها فإن باعه مرابحة طرح) أي طرح البائع الاول وهو المشتري الثاني (عنه) أي عن ثمن ما اشترى (كل ربح كان قبل ذلك) أى قبل الربح الذى حصل في العقد الثاني (فإن كان) أى في الربح (استغرق الثمن لم يبعه مرابحة وهذا عند أبي حنيفة رضي الله عنه) وبه قال أحمد رحمه الله (وقالا يبيعه مرابحة على الثمن الاخير) في الفصلين ، وبه قال الشافعي ومالك رحمهما الله (صورته) ما ذكره محمد رحمه الله من المسألة (إذا اشترى ثوباً بعشرة وباعه بخمسة عشر) توضيحه رجل اشترى ثوباً بعشرة دراهم وقبض ثم باعه من غيره بخمسة عشر وسلم المبيع وانتقد الثمن (ثم اشتراه بعشرة ، فانه يبيعه مرابحة بخمسة) عن الثمن الثاني الذى ربح وهو خمسة ، فيبيعه مرابحة على خمسة عند أبي حنيفة رضى الله عنه .

(ويقول قام علي بخمسة) ولا يقول اشتريته بخمسة لئلا يصير كاذباً (ولو اشتراه

بعشرة وباعه بعشرين مرابحة ثم اشتراه بعشرة لا يبيعه مرابحة أصلاً ، وعندهما يبيعه مرابحة على العشرة في الفصلين ، لهما أن العقـــد الثاني عقد متجدد منقطع الأحكام عن الأول فيجوز بناء المرابحة عليه كما إذا تخلل ثالث ، ولأبي حنيفة « رح » أن شبهة حصول الربح بالعقد الثاني ثابتة لأنه يتأكد بـــه بعدما كان على شرف السقوط بالظهور على عيب ،

بعشرة وباعـه بعشرين مرابحة ، ثم اشترى بعشرة لا يبيعـــه مرابحة أصلا) عنـد أبي حنيفة رحمـه الله يعني لا يبيعـــه مرابحة من غير بيان ، بل يبيعه مساومة لأنه إذا حط عنه الربح لا يبقى الثمن (وعندهما) أي عنـــد أبي يوسف ومحمد « رح » (يبيعه مرابحة على العشرة في الفصلين) أي في الفصل الأول والثـاني (لهما) أي لأبي يوسف ومحمد « رح » (إن العقد الثاني عقد متجدد ومنقطع الأحكام عن الاول) وفي المبسوط ، إنه شراء مستقل فلا يدخل فيه ما قبله من ربح أو وضيعة وكل ما هو كذلك (فيجوز بناء المرابحة عليه كما إذا تخلل ثالث) بأن اشترى من مشتريه توضيحه باعـــه بعشرين ثم باعه المشتري إلى ثالث ، ثم اشتراه البائع الأول بعشرة تجوز المرابحة بعشرة .

(ولأبي حنيفة رضي الله عنه أن شبهة حصول الربح بالعقد الثاني ثابتة) يعني أن الربح الثاني الذي استفاده بالعقد كان على شرف السقوط بأن يرد بعيب ، فإذا اشتراه من المشتري تأكد وهو معنى قوله (لأنه يتأكد بـــه) أي لأن الربح الذي كان على شرف السقوط يتأكد به ، أي بالعقد الثاني ، (بعدما كان على شرف السقوط بالظهور على عيب) وللتأكيد في بعض المواضع حكم الإيجاب ، كما في شهود الطلاق قبل الدخول ، إذا رجعوا يضمنون نصف المهر لتأكد ما كان على شرف السقوط لاحتمال انه يسقط بتقبيل ابن الزوج أو بالإرتداد ، فإذا اعتبرنا التأكيد يصير البائع في مسألتنا مشترياً بالعقد الثاني ثوباً وخمسة دراهم بالعشرة ، فيكون الخمسة بإزاء الخمسة ويبقى الثوب بالخمسة ، ويبيعه مرابحة على خمسة احترازاً عن شبهة الخيانة فإنها لحقيقتها ، وهو معنى قوله .

والشبهة كالحقيقة في بيع المرابحة احتياطاً ولهـــذا لم تجز المرابحة فيما أخذ بالصلح بشبهة الحطيطة ، فيصير كأنه اشترى خمسة وثوباً بعشرة فيطرح خمسة بخلاف ما إذا تخلل ثالث لان التأكد حصل بغيره . قال وإذا اشترى العبد المأذون له في التجارة ثوباً بعشرة ، وعليه دين يحيط برقبته

(والشبهة كالحقيقة في بيع المرابحة احتياطاً) أي لأجل الإحتياط (ولهـذا) أي ولأجل ذلك (لم تجز المرابحة فيما أخذ بالصلح) صورة الصلح ادعى على رجل الف درهم فصالحه على ثوب أو عبد ، فانه لا يبيعها مرابحة على ألف لأن الصلح بناه على التجوز والحطيطة ، ولو وجد الحط حقيقة ما جاز المبيع مرابحة فكذا (بشبهة الحطيطة)وهي ما يحط من ثمن السلعة (فيصير كأنه اشترى خمسة وثوباً بعشرة فيطرح خمسة) يعني إذا كان شبهة حصول الربح ثابتة ، يصير كأنه اشترى بالعقد الثاني خمسة دراهم وثوباًبعشرة ، فالخسة بازاء الخمســـة ، والثوب بخمسة فيبيعه مرابحة على خمسة ، وعورض بأنه لو كان كذلك لما جاز الشراء بعشرة فيما إذا باعه بعشرين ، لأنه يصير في الشراء الثاني كأنه اشترى ثوباً وعشرة بعشرة فكان ثمنه شبهة الربا وهـــو حصول الثوببلا عوض .

وأجيب بأن التأكيد له شبهة الايجاب في حق العباد واحترازاً عن الخيانة لا في حق الشرع ، وشرعية جواز المرابحة لمعنى راجع إلى العباد فيؤثر التأكيد في المرابحة ، وأما جوازالبيع وعدمه فيشبهةالربافحق الشرعفلا يكون التأكيد فيه شبهة الايجاب،كذانقل من فوائد الامام العلامة حميد الدين رحمه الله (بخلاف ما إذا تخلل ثالث) أي بينهما (لأن التأكيد) أي تأكيد الربح (حصل بغيره) وهو الثالث فلم يستفد ربـح المشتري الاول بالشراء الثاني ، فانتفت الشبهة .

(قال) أي محمد « رح » في الجامع الصغير (وإذا اشترى العبد المأذون له في التجارة ثوباً بعشرة وعليه دين يحيط برقبته) أي والحال أنه مديون بـــدين يحيط برقبته ، وفي النهاية إنما قيد به لأنه لو لم يكن على العبد دين وباع من المولى لم يصح ، لان هذا البيع لا

فباعه من المولى بخمسة عشر فإنه يبيعه مرابحة على عشرة ، وكذلك إن كان المولى اشتراه فباعه من العبد ، لأن في هذا العقد شبهة العدم ، لجوازه مع المنافي ، فاعتبر عدماً في حكم المرابحة وبقي الاعتبار للأول ، فيصير كأن العبد اشتراه للمولى بعشره في الفصل الأول ، وكأنه يبيعه للمولى في الفصل الثاني ، فيعتبر الثمن الأول .

يفيد للمولى لم يصح لأن هذا البيع لا يفيد المولى شيئاً لم يكن له قبل البيع لا يملك الرقبة ولا يملك التصرف (فباعه من المولى بخمسة عشرة فانه) أي فإن المولى (يبيعه مرابحة على عشرة وكذلك إن كان المولى) هو العقد الذي (اشتراه فباعه من العبد) بخمسة عشر، باعه العبد مرابحة على عشرة (لان في هذا العقد) أي بيع العبد من المولى وعكسه (شبهة العدم) أي شبهة عدم الجواز لا حقيقة عدم الجواز (لجوازه مع المنافي) أي لجواز العقد، لقيام الدين مع وجود المنافي للجواز وهو كون العبد ملكاً للمولى فصار كأنه باع ملك نفسه من نفسه وكذا في الشراء (فاعتبر عدماً) أي فاعتبر العقد كأن لم يكن (في حكم المرابحة) لوجوب الاحتراز فيها عن شبهة الجناية .

وإذا عدم البيع الثاني (وبقي الاعتبار للأول) أي العقد الاول (فيصير كأن العبد اشتراه للمولى بعشرة في الفصل الاول) أي فيما إذا باعه من مولاه (وكأنه يبيعه للمولى في الفصل الثاني) أي فيما إذا باعه المولى من عبده (فيعتبر الثمن الاول) أي الثمن المذكور في الفصل الاول فلا يبيعه مرابحة على الثمن المذكور فيه وإنما يبيعه على الثمن المذكور في الاول .

وقال الكاكي ذكر هذه المسألة وأخواتها في المبسوط من غير ذكر دين العبد فقال : وإذا اشترى شيئاً من أبيه ، أو أمه ، أو ولده ، أو مكاتبه ، أو عبده ، أو اشترى العبد أو المكاتب من مولاه أشياء بثمن قد قام على البائع بأقل من ثمنه لم يكن أن يبيعه مرابحة إلا بالذي قام على البائع من العبد والمكاتب بالاتفاق ، لأن بيع المرابحة على ما يتيقن بخروجه عن ملكه ، لأن كسب العبد لمولاه ، وما حصل من مكاتبه من وجه كان له أيضاً .

قال وإذا كان مع المضارب عشرة دراهم بالنصف ، فاشترى ثوباً بعشرة ، وباعه من رب المال بخمسة عشر ، فإنه يبيعه مرابحة باثني عشر ونصف ، لأن هذا البيع ، وإن قضى بجوازه عندنا عند عدم الربح خلافاً لزفر ، مع أنه اشترى ماله بماله لما فيه

وللمولى في حق الملك في كسب المكاتب وينقلب ذلك حقيقة الملك عند عجزه ، فأما في غير المماليك من الآباء والأولاد والأزواج فكذلك الجواب عند أبي حنيفة رضي الله عنه ، وبه قال أحمد والشافعي رحمهما الله في وجه .

وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي رضي الله عنهم في قول : له أن يبيعه مرابحة بما اشتراه لتباين الأملاك بينهما .

وقال الأترازي قد اختلف نسخ شروح الجامع الصغير ، فقد قيد فخر السلام دين العبد المستغرق .

وقال الصدر الشهيد بمثل مأذون عليه دين محيط برقبته أو غير محيط . وقاضي خان قيد بالمحيط أيضاً ، والعتابي قيد بالمأذون فحسب ، ولم يذكر الدين أصلاً ، وقال في شرح الطحاوي لو اشترى من مماليكه ومكاتبه وعبده المأذون الذي عليه دين أو لا دين عليه فإنه يبيعه مرابحة على أقل الضمانين إلا أن يبين الأمر على وجه .

(قــال) أي محمد « رح » في الجامع الصغير (وإذا كان مع المضارب عشرة دراهم بالنصف ، فاشترى ثوباً بعشرة ، وباعه من رب المال بخمسة عشر فإنه) أي فـإن رب المال (يبيعه مرابحة باثني عشر ونصف) لأن بيع المرابحة بيع أمانة يحترز فيها عن شبهتها (لأن هذا البيع ، وإن قضي بجوازه عندنا عند عدم الربح خلافاً لزفر) فإن عنده لا يجوز بيع رب المال من المضارب ، ولا بيع المضارب من رب المال ، إذا لم يكن في المال ربح (مع أنه يشتري ماله بماله) أي مع أن رب المال يشترى مال نفسه بمال نفسه ، لأن رقبة المال له (لما فيه) دليل قوله قضى بجوازه وذلك أن ولاية التصرف انقطعت عن رب المال بتسليم المال إلى المضارب ، ثم لما اشترى من المضارب استفاد ولاية التصرف وهو معنى قوله ، لما فيه ، أي لما في هذا العقد .

من استفادة ولاية التصرف وهو مقصود ، والانعقاد يتبع الفائدة ففيه شبهة العدم ، ألا ترى انه وكيل عنـــه في البيع الاول من وجه فاعتبر البيـع الثاني عدماً في حق نصف الربح . قال ومن اشترى جارية فأعورت

(من استفادة ولاية التصرف) أي ملك اليد ، لأن رب المال بالتسليم إلى المضارب قطع ولاية التصرف عن ماله ، وبالشراء عن المضارب يحصل له ولاية التصرف ، ولهذا لو صار مـــال المضاربة جارية لا يحل لرب المال وطئها وإن لم يكن فيهـــا ربح ، ذكره الامام التمرتاشي « رح » .

وللمضارب حق التصرف ، ولهذا لا يملك رب المـــال منع المضارب عن التصرف ، ذكره في الإيضاح (وهو مقصود) أي حصول ولاية التصرف هو المقصود (والانعقاد يتبع الفائدة) أي انعقاد العقد يتبع الفائدة ، ولهـــذا إذا جمع بين عبده وعبد غيره ، واشتراهما صفقة واحدة جاز ، ودخل عبده في الشراء لحصول الفائدة ولهذا إذا جمع بين عبده وعبد غيره واشتراهما صفقة واحدة جاز ودخل عبده في الشراء لحصول الفائدة في حق إنقسام الثمن ثم يخرج ، فكذا فيما نحن فيه ، لأن المال كالمملوك للمضارب في حق التصرف ، وكغير المملوك لرب المال في حق التصرف ، ولا يملك رب المال إبطال هذا الملك للمضارب إلا بالشراء فجاز ذلك لحصول الفائدة .

(ففيه شبهة العدم) جواب قوله ، وإن قضى بجوازه ، أي عدم الجواز ، ثم أوضح المصنف « رح » ذلك بقوله (ألا ترى أنه) أي أن المضارب (وكيل عنه) أي عن رب المال (في البيع الأول من وجه) لأنه يعمل لنفسه ولرب المال ، ولهذا يكون الربح لهما بخلاف الوكيل لانه يعمل للموكل ، ولهذا يكون الربح له (فاعتبر البيع الثاني) يعني لما كان فيه شبهة العدم اعتبر البيع الثاني (عدماً في حق نصف الربح) لان ذلك حق رب المـــال .

وقال تاج الشريعة في حق نصف الربح نصف حق الربح الذي بحصته ولا يعمل في حق نصف الربح يستحقه المضارب ، إذ لا شبهة في هذا النصف أصلاً (قال) أي محمد « رح » في الجامع الصغير (ومن اشترى جارية فأعورت) أي بآفة سماوية أو ثوبـاً أو

أو وطئها وهي ثيب يبيعها مرابحة ولا يبين، لأنه لم يحتبس عنده شيء يقابله الثمن ، لان الاوصاف تابعة لا يقابلها الثمن ، ولهذا لو فاتت قبل التسليم لا يسقط شيء من الثمن ، وكذا منافع البضع لا يقابلها الثمن ، والمسألة فيما إذا لم ينقصها الوطى

طعاماً ، فأصابه عيب عند المشتري بغير فعل أحد (أو وطئها وهي ثيب يبيعهامرابحة ، ولا يبين) أي لا يقول أنها سليمة فاعورت في يدي (لانـــه لم يحتبس عنده) أي عند المشتري . وفي بعض النسخ لانه لم يحتبس بفعله أي بفعل المشتري (شيء يقـــابله بمقابلة الثمن ، لان الاوصاف تابعة) والغاية وصف (لا يقابلهـــا الثمن) أي فلا يقابلها شيء من البدل إذا جاءت بغير صنع أحد ، وإنما البدل كله مقابلة الاصل وهـــو باق على حاله فيبيعه مرابحة بلا بيان .

(ولهذا) توضيح لقوله ، لأنه لم يحتبس عنده شيء بمقابلة الثمن (فلو فاتت) أي العين (قبل التسليم) إلى المشتري (لا يسقط شيء من الثمن ، وكذا منافع البضع لا يقابلهـــا الثمن) لانها ليست بمال ، فإن قيل ، يشكل على قوله الغاية وصف لا يقابله شيء من الثمن الاجل ، فإنه وصف وعليه أن يبينه إذا اشتراه بالأجل .

قلنا يعطى في مقابلة الاجل شيء عادة فيكون في مقابلة شيء من الثمن ، فيكون كالجزء فيلزمه البيان ، فإن قيل المستوفى من منافع البضع بمنزلة الجزء والجزاء إذا قصد إتلافه كان له قسط من الثمن ، بدليل أنه لو اشترى جارية فوطئها ، ثم وجد بها عيباً لم يتمكن من الرد ، وإن كانت هي ثيباً وقت الشراء ، وذلك باعتبار أن المستوفي بالوطيء بمنزلة إحباس جزء من البيع عندالمشتري قلنـــا عدم جواز الرد باعتبار ما ذكرت غير مسلم ، بل لمعنى آخر ، وهو لا يخلو : إما أن يردها مع العقد ولا وجه إليه ، لان العقد ما ورد على الزيادة ، أو يردها بغير عقر ولا وجه إليه أيضاً لانها تعود إلى قديم ملكه فيكون وطء المشتري بلا ملك وذا لا يجوز (والمسألة فيما إذا لم ينقصها الوطي) لانها إذا نقصها فات الوصف بفعل قصدي ، وهذا في الثيب لان الوطي لا ينقصها فإنه يبيعهـــا مرابحة قبل البيان ، بخلاف البكر ، فإنه إذا وطئها ، فأزال لعذرتها لا يبيعها مرابحة

وعن أبي يوسف في الفصل الاول أنـــه لا يبيع من غير بيان كما إذا احتبس بفعله ، وهو قول الشافعي ، فأما إذا فقأ عينها بنفسه ، أو فقأها أجنبي فأخـــذ أرشها لم يبعها مرابحة حتى يبين ، لانــه صار مقصوداً بالإتلاف فيقابلها شيء من الثمن ،

قبل البيان لانه حبس جزء من العين كما يحكى عن قريب ، وفي الثيب المستوفى ليس بمال فلا يقابله البدل ، فكان كالإستخدام ، ولهذا لو حدث بالمبيع عيب قبل القبض لا يسقط شيء من الثمن غير أن المشتري يخير بين أخذه بكل الثمن وتركه .

وفي قول زفر إذا أعورت بآفة سماوية لا يبيعها مرابحة من غير بيان لانها قد تغيرت عن حالها التي اشتراها به .

قال الفقيه أبو الليث « رح » ، وقول زفر أحوط ، ثم قال وبه نأخذ .

(وعن أبي يوسف « رح » في الفصل الاول) وهو ما إذا اشترى جاريـة فأعورت (أنه لا يبيع من غير بيان كما إذا احتبس بفعله) أي كما إذا احتبس الشيء الفائت بفعل المشتري (وهو قول الشافعي رضي الله عنه) وهو زفر « رح » أيضاً ، لكنهما اختلفـا في التخريج ، فعند زفر يجب البيان باعتبار أنه لو علم المشتري أنه اشتراه غير معيب بما سمى من البدل لم يلزم له ربحاً على ذلك ما لم يعين بعدما تعيب ، وأما الشافعي رضي الله عنه فيقول وجب البيان بناء على مذهبه أن للأوصاف حصة من الثمن ، وأن التعيب بآفة سماوية ، ويضع العباد سواء عنده (فقأ عينها) وفي بعض النسخ قلنا إذا فقأ عينها ،وفي بعضها وأما إذا فقأ .

قال الاترازي « رح » هو الاصح ، وقال الاكمل ، وفي بعض النسخ ، قلنـا فيكون جواباً لقول أبي يوسف ، والشافعي رحمهما الله ، يعني إذا فقـأ المشتري عين الجاريـــة (بنفسه أو فقأها أجنبي فأخذ ارشها لم يبعها مرابحة حتى يبين لانه صار مقصوداًبالاتلاف فيقابلها شيء من الثمن) وعبارة المصنف « رح » تدل بالتنصيص على أخذ إرشهـا وهو المذكور في لفظ محمد « رح » في أصل الجامع الصغير ، وقال في النهاية : كان ذكر الارش

وكذا إذا وطيها وهي بكر لان العذرة جزء من العين يقابلها الثمن وقد حبسها ، ولو اشترى ثوباً فأصابه قرض فأر ، او حرق نار يبيعه مرابحة من غير بيان ، ولو تكسر بنشره وطيه لا يبيعه حتى يبين ، والمعنى مابيناه. قال ومن اشترى غلاماً بألف درهم نسيئة فباعه بربح مائة ولم يبين ، فعلم المشتري ، فإن شاء رده وإن شاء قبل ، لان للأجل شبهاً بالمبيع . الا يرى انه يزاد

وقع اتفاقاً ، لانه لما فقأ الاجنبي وجب عليه ضمان الارش ، وجوب ضمان الارش سبب لاخذ الإرش فأخذ حكمه .

ثم قال والدليل على هذا الاطلاق ما ذكره في المبسوط من غير تعرض لأخذ الارش ، وذكر نقل المبسوط كذلك (وكذا إذا وطيها وهي بكر) لا يبيعها مرابحة إلا بالبيان (لأن العذرة جزء من العين ، فيقابلها الثمن وقد حبسها) فلا بد من البيان ، ولو فقأت عين نفسها بنفسها فهو كالأعور إذ لا يلزمه البيان كذا في المبسوط (ولو اشترى ثوباً فأصابه قرض فأر) بالقاف ، من قرض الثوب بالمقراض إذا قطعه . ونص أبو اليسر على أنه بالفاء (أو حرق نار يبيعه مرابحة من غير بيان) لان الاوصاف تابعة لا يقابلها الثمن (ولو تكسر بنشره وطيه لا يبيعه[1] مرابحة حتى يبين) لانه صار مقصوداً بالاتلاف (والمعنى ما بيناه) يعني في الدليلين ، أحدهما في قرض الفأر ، والاخر في تكسر الثوب .

(قال) أي محمد « رح » في الجامع الصغير (ومن اشترى غلاماً بألف درهم نسيئة فباعه بربح مائة ولم يبين) أنه اشتراه نسيئة (فعلم المشتري فإن شاء رده وإن شاء قبل) وبه قال الشافعي وأحمد « رضي » .

وقال الاوزاعي رحمه الله يثبت الاجل (لأن للأجل شبهاً بالمبيع ألا يرى أنه يزاد

---

(١) لا يبيعه حتى يبين – هامش .

في الثمن لاجل الأجل ، والشبهة في هذا ملحقة بالحقيقة فصار كأنه اشترى شيئين وباع احدهما مرابحة بثمنهما ، والإقدام على المرابحة يوجب السلامة من مثل هذه الخيانة ، فإذا ظهرت يخير ، كما في العيب ، وإن استهلكه ثم علم لزمه بألف ومائة لان الاصل لا يقابله شيء من الثمن ، قال فإن كان ولاه اياه ولم يبين رده إن شاء ، لان الخيانة في التولية مثلها في المرابحة لانـــه بناء على الثمن الاول ، وان كان استهلكه ثم علم لزمه بألف حالة لما ذكرناه . وعن أبي يوسف «رض»

في الثمن لاجل الاجل ، والشبهة في هذا) أي فى هذا البـــاب (ملحقة بالحقيقة) أي بحقيقة المبيع احتياطاً (فصار كأنه اشترى شيئين وباع أحدهما مرابحة بثمنهما) أي بثمن الإثنين ، وذلك حرام يجب الاحتراز عنـــه فكذا هذا (والإقدام على المرابحة يوجب السلامة عن مثل هذه الخيانة) فإذا لم يبين أنه نسيئة تظهر الخيانة ، وظهورها كالعيب فيكون له الخيار وهو معنى قوله (فاذا ظهرت) أى الخيانة (يخير) أى له الخيار بين الاخذ والترك (كمـــا فى العيب) أى كما له الخيار عند ظهور العيب فى البيع (وإن استهلكه) أى وإن استهلك المشترى المبيع المذكور بوجه ، بأن باعه أو بوجه آخر.

(ثم علم لزمه) أى المبيع لزم المشترى لتعذر الفسخ (بألف ومــائة لأن الاصل لا يقابله شيء من الثمن) حقيقة ولكن فيه لشبهة المقابلة فباعتبار شبهة الخيانة كان له أن يفسخ البيع إذا كان المبيع قائماً ، فأمـــا أن يسقط من الثمن شيء بعد الهلاك بمقابلة الاجل فلا .

(قال) أى محمد « رح » (وإن كان ولاه إياه) أى باعه بالتولية (ولم يبين) أنه اشتراه بألف نسيئة ثم علم المشترى كان له الخيار (رده إن شاء لان الخيانة فى التولية مثلهـــا فى المرابحة ، لانه بناء على الثمن الأول) فلا زيادة ولا نقصان ، فلا يمكن الحط هنـــا لأن الثمن هو الألف ولا زيادة ، فأي شيء يحط (وإن كان استهلكه ثم علم لزمه بألف حالة لما ذكرناه) أراد به قوله ، لأن الأجل لا يقابله شيء من الثمن (وعن أبى

انـــه يرد القيمة ويسترد كل الثمن وهو نظير ما إذا استوفى الزيوف مكان الجياد ، وعلم بعد الإنفاق وسيأتيك من بعد ان شاء الله تعالى. وقيل يقوم بثمن حال وبثمن مؤجل ، فيرجع بفضل ما بينهما ، ولو لم يكن الاجل مشروطاً في العقد ، ولكنه منجم معتاد قيل لا بد من بيانه لان المعروف كالمشروط ، وقيل يبيعه ولا يبينه لان الثمن حال . قال ومن ولى رجلا شيئاً بما قام عليه ولم يعلم المشتري بكم قام عليـــه فالبيـع فاسد لجهالة الثمن ، فإن أعلمه البائع بثمنـــه

يوسف « رح ») في النوادر أنه قال (أنه) أي أن المشتري (يرد القيمة) أي قيمة العين (ويسترد كل الثمن وهو) أي المذكور من هذا الحكم (نظير ما إذا استوفى الزيوف مكان الجياد) بأن كان له على آخر عشرة جياد ، فإذا استوفى زيوفاً (وعلم بعد الإنفاق) يرد زيوفاً مثلها ويأخذ الجياد (وسيأتيك من بعد إن شاء الله تعالى) أي في مسائل منشورة قبيل كتاب الصرف (وقيل) قائله الفقيه أبو جعفر الهندواني رحمه الله (يقوم بثمن حال وبثمن مؤجل فيرجع) أي البائع (بفضل ما بينهما) أي التفاوت الذي بين القيمتين (ولو لم يكن الأجل مشروطاً في العقد ولكنه منجم معتاد) كعادة بعض البلدان يشترون بعقد ويسلمون الثمن بعد أشهر ، إمـا جملة أو منجماً (قيل لا بد من بيانه لأن المعروف كالمشروط) أي لأن الثابت بالعرف كالمشروط بين العاقدين (وقيل يبيعه ولا يبينه) يعني لا يجب بيانه (لأن الثمن حال) لعدم ذكر الأجل ، والأصل الحال في الثمن .

(قال) أي محمد « رح » في الجامع الصغير (ومن ولى رجلاً شيئاً بما قام عليه) يعني إذا قال وليتك هذا بما قام علي ، يريد به بما اشتراه به مع ما لحقه من المؤن كالصبغ والفتل وغير ذلك ، (ولم يعلم) اي والحال أنه لم يعلم (المشتري بكم قام عليه فالبيـع فاسد لجهالة الثمن) وبه قال الشافعي رضي الله عنه في أصح الوجهين .

والوجه الثاني أنه لا يفسد البيـع (فان أعلمه البائع بثمنه) أي فـــان أعلم المشتري

في المجلس فهو بالخيار إن شاء أخذه وإن شاء تركه ، لأن الفساد لم يتقرر ، فإذا حصل العلم في المجلس جعل كابتداء العقد وصار كتأخير القبول إلى آخر المجلس ، وبعد الإفتراق قد تقرر فلا يقبل الإصلاح ونظيره بيع الشيء برقمه إذا علم في ذلك المجلس وإنما يتخير لان الرضاء لم يتم قبله لعدم العلم فيتخير كما في خيار الروية .

البائع بثمنه (في المجلس فهو بالخيار إن شاء أخذه وإن شاء تركه ، لأن الفساد لم يتقرر) لأنه في مجلس العقد لا يتقرر لأن ساعات المجلس كساعة واحدة ، دفعاً للضرر وتحقيقاً لليسر (فاذا حصل العلم في المجلس جعل كابتداء العقد) العقد لا يتقرر لأن ساعات المجلس كساعة واحدة دفعاً للضرر وتحقيقاً في وجه وفي وجه قال لا ينقلب صحيحاً بعدما انعقد فاسداً(وصار كتأخير القبول إلى آخر المجلس) فان التأخير إلى آخر المجلس عفو كتأخير القبول فان التأخير في آخر المجلس يترابط بالإيجاب وإن تخللت بينهما ساعات فكذا العلم في آخر المجلس كالعلم الحاصل في أوله فيصح على تقدير الإبتداء (وبعد الإفتراق قد تقرر) أي الفساد (فلا يقبل الإصلاح) وفي الكافي « رح » هذا فساد لا يحتمل الإصلاح(ونظيره) أي نظير هذا الحكم (بيع الشيء برقمه) بسكون قاف ، صورته أن التاجر يرقم الثياب، أي يعلمها بعلامة بأن ثمنها كذا فيبيع بذلك الثمن الذي هو معلوم للبائع غير معلوم للمشتري (إذا علم) أي المشتري إذا علم قدر ذلك الثمن (في ذلك المجلس) صح البيع ، وإن كان بعد القبول ، ويحصل كأنه علم وقت القبول ، ولو علم بعد الإفتراق لا يصح (وإنما يتخير) أى المشتري (لأن الرضاء لم يتم قبله) أي قبل العلم بمقدار الثمن كما لا يتم بعدم الرؤية (لعدم العلم فيتخير) أى المشتري (كما في خيار الرؤية) أى كما يتخير في خيار الرؤية إذا رآه إن شاء أخذه وإن شاء رده ، لأن ورود الشرع باثبات الخيار ثمن ورد ها هنا ، فان قيل ، ينبغي أن لا يكون للمشترى الخيار لما ذكرنا أن الموجود في آخر المجلس كالموجود في أوله ، قلنا لم يوجد الرضا في آخر المجلس حتى يجعل كالموجود في أوله فلهذا كان له الخيار .

فصـــل

ومن اشترى شيئـــاً مما ينقل ويحول لم يجز له بيعه حتى يقبضه لأنه عليه السلام نهى عن بيع ما لم يقبض ، لأن فيه غرر انفساخ العقد على اعتبار الهلاك ،

(فصل)

أي هـــذا فصل في بيان مسائل غير المسائل التي ذكرت قبله ، وإنما ذكرها هنـا استطراداً باعتبار تقيدها بقيد زائد على البيع المجرد من الأوصاف كالمرابحة والتولية (ومن اشترى شيئاً مما ينقل ويحول لم يجز له بيعـه حتى يقبضه) قيد بالبيع ، ولم يقل لم يجز أن يتصرف فيه لتقع المسألة على الإتفاق .

وقال مالك « رح » يجوز جميع التصرفات فيه قبل القبض في غير الطعام ، لأنه عليه السلام خص الطعام بالذكر عند النهي بقوله : من ابتاع طعامـــاً فلا يبيعه حتى يقبضه ، فدل على تخصيص الحكم وإلا فليس لهذا التخصيص فائدة .

قلنا التخصيص بالشيء لا يدخله على نفي الحكم فيما عداه ، وقال أحمد « رح » إن كان البيع مكيلا أو موزوناً أو معدوداً لم يجز بيعه قبل القبض وفي غيره يجوز (لأنه عليه السلام) أي لأن النبي ﷺ (نهى عن بيع ما لم يقبض) روى النسائي في سننه الكبرى عن يعلى ابن حكيم ، عن يوسف بن ماهك ، عن عبد الله بن عصمة ، عن حكيم بن حزام رضي الله عنهم قال : قلت يا رسول الله ، اني رجل ابتاع هذه البيوع وأبيعها ، فما يحل لي منها وما يحرم ، قال لا تبيعن شيئـــاً حتى تقبضه ، رواه أحمد « رح » في مسنده ، وابن حبان في صحيحه .

وروى الطحاوي باسناده إلى حكيم بن حزام قال : كنت أشترى طعاماً فاربح فيه قبل أن أقبضه فسألت النبي ﷺ فقال : لاتبعه حتى تقبض (ولأن فيه) أي في المنقول (غرر انفساخ العقد على اعتبار الهلاك) أي هلاك المبيع قبل القبض فيتبين حينئذ أنه باع ملك الغير بغير إذنه ، وذلك مفسد للعقد .

ويجوز بيع العقار قبل القبض عند أبي حنيفة وأبي يوسف « رح » .
وقال محمد « رح » لا يجوز ، رجوعاً إلى إطلاق الحديث ، واعتباراً
بالمنقول ، وصار كالاجارة ، ولهما ان ركن البيع صدر من أهلـــه
في محله ، ولا غرر فيه ، لأن الهلاك في العقار نادر بخلاف المنقول

وفي الإيضاح كل عرض ملك بعقد ينفسخ العقد فيه بهلاكه قبل القبض لم يجز التصرف فيه ، كالمبيع والأجرة إذا كانت عينــاً ، وبدل الصلح إذا كان معينــاً ومالا ينفسخ العقد بهلاكه فالتصرف فيه جائز قبل القبض ، كالمهر ، وبدل الخلع والعتق على مال ، وبـــدل [1] الصلح عن دم العمد (ويجوز بيع العقار قبل القبض عند أبي حنيفة وأبي يوسف ، وقــال محمد « رح » لا يجوز) وبه قال زفر والشافعي رحمهما الله ، وأحمد وأبو حنيفة رحمهـما الله أولا (رجوعاً) أي راجعاً أو لأجل الرجوع (إلى إطلاق الحديث) المذكور ، فان كلمة ما في الحديث المذكور للتعميم فيما لا ينتقل ولم يلحقه خصوص فلا يجوز تخصيصه بالقياس (واعتباراً بالمنقول) أي وبالقياس عليه لأنه مبيع لم يقبض فلا يجوز بيعه كالمنقول (وصــار كالاجارة) فانها في العقار لا يجوز قبل القبض ، والجامع اشتمــالها على ربح لم يضمن ، فان المقصود من البيع والربح ورابح ما لم يضمن نهي عنه شرعاً ، والنهي يقتضي الفساد فيكون البيع فاسداً قبل القبض لأنه لم يدخل في ضمانه كما في الإجارة (ولهما) أي ولأبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله (أن ركن البيع) وهو الايجاب والقبول (صدر من أهله) أى من العاقل والبالغ (في محله) وهو المال المملوك وهو يقتضي الجواز (ولا غرر فيه) لأنه لا يتوهم انفساخ العقد فيه بالهلاك .

(لأن الهلاك في العقار نادر) إما بغلبة الماء أو الرمل أو لجوار بيت الغال والنادر لا يعتد به (بخلاف المنقول) فان الهلاك في[2] غير نادر .

وقال بعض مشايخنا في موضع لا يخفى عليه أن يصير لجوار يغلب عليه الرمال ، فأما في

---

(١) في نسخة الأصل « ويدل » .

(٢) كذا في نسخة الأصل والصحيح فيه .

والغرر المنهي عنه غرر انفساخ العقد والحديث معلول بـــه ، عملا بدلائل الجواز

موضع لا يؤمن ذلك فلا يجوز ، كذا ذكره الإمـــام المحبوبي « رح » ، فإن قيل هذا التعليل معارض لمطلق النص ، فإن مطلقه يتناول العقار كما بينا ، قلنا الحديث مخصوص فان بيع عقد المهر وبدل الخلع ، والصلح عن دم العمد والميراث ، والثمن قبل القبض يصح بالاتفاق ، فحينئذ يجوز تخصيصه بالقياس ، والدليل عليه ثبوت حق الشفعة قبل القبض والشفيع يتملك ، فلو كان العقار قبل القبض لا يحتمل الملك ببدل لما جاز للشفيع الأخذ بالشفعة قبل القبض .

وللشافعي « رح » في الأخذ بالشفعة قبل القبض وجهان ، في وجه لا يصح وفي وجه يصح ، وهو الأصح .

فان قيل : يتوهم انفساخ العقد بالرد بالعيب ، وذلك غير نادر ، قلنا لا يتوهم الإنفساخ بالرد حتى جـــاز البيع فيه قبل القبض ، لأنه على تقدير جواز البيع قبل القبض يصير ملكاً للمشتري ، وحينئذ لا يملك المشترى الأول الرد بالعيب فلا يتوهم الإنفساخ فيه بالرد حينئذ ، كذا في الفوائد الظهيرية .

(والغرر المنهي عنه غرر انفساخ العقد) هذا جواب عما يقال ، كيف قلت ولا غرر فيه لأن الهلاك في العقـــار نادر ، والغرر موجود أيضاً بعقد القبض بظهور الاستحقاق فأجاب بقوله ، والغرر المنهي عنه في الحديث غرر انفساخ العقد الأول (والحديث) أى الحديث المذكور (معلول به) أى بغرر انفساخ العقد فيما قبل القبض بهلاك المعقود عليه فيكون مخصوصاً بالمنقول ، ألا ترى أنه يجوز الإعتاق قبل القبض والوصية قبله (عملاً بدلائل الجواز) أى جواز البيع من الكتاب والسنة والإجماع .

أما الكتاب فقوله تعالى (وأحل الله البيع وحرم الربا) ٢٧٥ البقرة . وأما السنة فقوله عليه السلام: يا معشر التجار إن البيع يحضره اللغو والحلف فشوبوه بالصدقة هكذا ذكره الأترازى «رح » في شرحه ، ثم قال : رواه في السنن قيس بن عروة .

قلت الحديث أخرجه أصحاب السنن الأربعة ، ولفظه فيما ذكره الترمذي .

والإجارة قيل على هذا الخلاف ، ولو علم في المعقود عليه في الاجارة المنافع وهلاكها غير نادر ، قال ومن اشترى مكيلا مكائلة ، أو موزونا موازنة

حدثنا هناد ، حدثنا أبو بكر بن عباس ، عن عاصم ، عن أبي وائل ، عن قيس بن أبي غرزة قال : خرج علينا رسول الله ﷺ ونحن نسمى السماسرة فقال : يا معشر التجارات الشيطان والإثم يحضران البيع فشوبوا بيعكم بالصدقة ، ثم قال الترمذي حديث حسن صحيح .

وقيس بن غرزه ، بفتح الغين المعجمة ، والراء ثم الزاي ، غفارى نزل الكوفة ومات بها .

وأما الإجماع فان النبي ﷺ بعث والناس يتبايعون فلم ينكرهم على ذلك بل قررهم عليه ، وقد انعقد إجماع الأمة على ذلك (والإجارة) جواب عن قياس محمد « رح » صورة النزاع على الإجارة وتقريره أنها لا تصلح مقيساً عليها ، لأنها على الإختلاف وهو معنى قوله (قيل على هذا الخلاف) يعني عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهماالله أجارة العقار قبل القبض جائزة .

وقال في الإيضاح مالا يجوز بيعه قبل القبض لا يجوز إجارته ، لأن صحة الأجارة تملك الرقبة ، فاذا ملك التصرف في الأصل وهو الرقبة ملك في المنافع ، وقيل لا يجوز بلا خلاف وهو الصحيح ، لأن المنافع بمنزلة المنقول ، والإجارة تمليك المنافع فيمتنع جوازها لبيع المنقول (قال) أى محمد « رح » في الجامع الصغير (ومن اشترى مكيلا مكائلة)يعني رد الكيل(أو موزوناً) أى أو اشترى ما يوزن (موازنة) يعني بالوزن قيد بالشراء لأنه إذا ملك مكيلا موزونا أو معدودا بهبة أو وصية أو ميراث جاز لمن ملك أن يتصرف فيه قبل القبض وقبل الكيل والوزن والعدد قيد بقوله مكائلة أو موازنة ، يعني بشرط الكيل والوزن بأن اشترى هذا الطعام على أنه عشرة أقفزة ، أو هذا الحديد على أنه كذا وكذا منآ وقبضه لا يجوز له أنيتصرف فيه قبل الكيل والوزن وبعد المكائلة أيضاً يخرج المجازفة ، فانه إذا اشتراه مجازفة وقبضه جاز التصرف فيه

فاكتاله أو اتزنه ثم باعه مكائلة أو موازنة لم يجز للمشترى منه أن يبيعه ولا أن يأكله حتى يعيد الكيل والوزن لأن النبي ﷺ نهى عن بيع الطعام حتى يجرى فيه صاعان صاع البائع وصاع المشتري .

قبل الكيل والوزن على ما يجيء عن قريب ان شاء الله تعالى (فاكتاله أو اتزنه) الإكتيال الأخذ بالكيل والاتزان الأخذ بالوزن ، يقـــال : كال المعطي فاكتال الآخذ ، ووزن المعطي فاتزن الآخذ .

(ثم باعه مكائلة أو موازنة) أي باعه المشترى بشرط الكيل (لم يجز للمشترى منه) أى لم يجز للمشترى الثاني من المشترى الأول الذى اشتراه مكائلة أو موازنة (أن يبيعه ولا أن يأكله حتى يعيد الكيل والوزن ، لأن النبي ﷺ نهى عن بيع الطعام حتى يجرى فيه صاعان ، صاع البائع وصاع المشترى) هذا الحديث رواه ابن ماجة في سننه عن جابر رضي الله عنه ، رواه أبو الزبير عنه قال نهى رسول الله ﷺ نحوه ، ورواه أبو هريرة رضي الله عنه أيضاً . أخرجه عنه البزار من طريق محمد بن سيرين « رح » أن النبي ﷺ نحوه . وزاد فيه ، فيكون لصاحبه فيه الزيادة وعليه النقصان انتهى .

وأراد بصاع البائع صاعه لنفسه حتى يشتريه وبصاع المشترى ، صاعه لنفسه حتى يبيعه لإجماعهم أن البيع الواحد له يحتاج إلى الكيل مرتين ، وبقولنا قال الشافعي رضي الله عنه ومالك وأحمد رحمهما الله ، وكما لا يملك سائر التصرفات المختصة بالملك كالهبة والوصية ونحو ذلك كذا في المبسوط ، وفي الجامع الصغير المحبوبي ولو قبضه بغير كيل وأكله لا يقال إنه حرام لأنه أكل ملك نفسه إلا أنه يأثم لرد ما أمر به من الكيل .

وفي الفوائد الظهيرية المكيلان على أقسام ، الأول مـــا يحتاج إلى الكيل مرتين وهو السلم على ما يجيء في بابه ، وبيع العين ، المكيل مكايلة بعدما اشتراه مكائلة ، والثاني مـــا يحتاج إلى كيل واحد ، وهو ما إذا اشترى المسلم إليه حنطة مجازفة أو استفادها زراعة أو إرثا ، أو استقرض حنطة على أنها كر ثم أداها رب السلم أو باعها مكايلة احتج فيه إلى كل واحد وكذا فيمـــا استفاد إرثاً أو زراعة وكذا فيما استفاده قرضاً بشرط الكيل .

ولأنه يحتمل أن يزيد على المشروط وذلك للبائع والتصرف في مال
الغير حرام فيجب التحرز عنه بخلاف ما إذا باعه مجازفة لأن الزيادة له

والثالث هو مالا يحتاج فيه إلى الكيل وهو ما إذا اشترى حنطة مجازفة ثم باعها مجازفة في نوادره أنه يجوز ، واعلم أن الأموال ثلاثة مقدارات كالكيلي والوزني فان اشتراه مجازفة وقبضه جاز تصرفه قبل الكيل والوزن على ما يجيىء ، وإن اشتراه بشرط الكيل والوزن فلا يجوز وقد مر .

وعدديات الجوز والبيض ، فإن اشتراه بشرط العد فقبضه فهل يجوز له التصرف قبل العد . ثانياً لم يذكر جوابه في الكتاب فقد ذكروا في شرح الجامع الصغير عند أبي حنيفة « رح » أنه أبطل البيع قبل العد ثانياً كما في الكيل والوزن لان العدد لمعرفة المقدار ، ألا ترى أنه لو اشترى جوازاً على أنه مائة فزاد فالزيادة للبائع ولا يدخل في البيع .

وروى عنهما أنهما اجازا العقد قبل العدلأن العد يخالف الكيل والوزن ، ألا ترى أنه يجرى فيه الربا ولهذا لو باع جوزة بجوزتين جاز . ومزروعات كالثوب والعقار ونحو ذلك ، فان اشترى مجازفة أو بشرط الزرع بان اشترى على انه عشرة أذرع مثلا فقبضه يجوز له التصرف فيه مال الغير حرام فيجب التحرز عنه قبل الذر ، وقد مر في أول كتاب البيوع .

(ولأنه يحتمل أن يزيد على المشروط وذلك للبائع والتصرف في مال الغير حرام فيجب التحرز عنه) وهو بترك التصرف (بخلاف ما إذا باعه مجازفة لأن الزيادة) يعني الكل (له) واعترض بأن الزيادة لا تتصور في المجازفة واجيب بأن من الجائز أنه اشترى مكيلا مكايلة واكتاله على أنه عشرة اقفزة مثلا ثم باعه مجازفة فإذا هو اثني عشر في الواقع فيكون زيادة على الكيل الذي اشتراه المشتري الأول كذا في الكافي .

قال الأكمل وفيه من التمحل ما ترى ، وقيل المراد والزيادة التي كانت في ذهن البائع وذلك بأنه باع مجازفة ، وفي ذهنه أنه باعه قفيز ، فإذا هو زائد على ما ظنه ،

بخلاف ما إذا باع الثوب مذارعـــه لان الزيادة له إذ الذرع وصف في الثوب بخلاف القدر ولا معتبر بكيل البائع قبل البيع وإن كان بحضرة المشتري لأنه ليس صاع البـــائع والمشتري وهو الشرط ولا بكيله بعد البيع بغيبة المشتري لان الكيل من باب التسليم لأن به يصير المبيع معلوماً ولا تسلم إلا بحضرته ولو كاله البائع بعـــد البيع بحضرة المشتري فقد قيل لا يكتفى به لظاهر الحديث ، فإنه اعتبر صاعين ، والصحيح أنه يكتفى به لأن المبيع صار معلوماً بكيل واحد وتحقق معنى التسليم

والزائـــد للمشتري (وبخلاف مـــا اذا باع الثوب مذارعة لأن الزيادة له ، إذ الذرع وصف فيالثوب) وليس فيه جهالة ولا اختلاط المبيع بغيره (بخلاف القدر) أيالكيل فإنه ليس بوصف ، لأن بإزدياد القدر لا يزداد قيمة المقدر كخمسين مناً من الحنطة إذازاد عليه خمسون اخرى لا يزداد قيمة الخمسون الأولى .

(ولا معتبر بكيل البـــائع قبل البيع) المراد من البائع المشتري الأول (وإن كان بحضرة المشتري) كلمه إن واصلة بما قبلها وذلك (لأنه ليس صاع البائع والمشتري وهو الشرط) أي الشرط هو صـــاع البائع والمشتري (ولا بكيله) أي بكيل البائع (بعد البيع بغيبة المشتري ، لأن الكيل من باب التسليم لأن بـــه) أي بالكيل (يصير المبيع معلوماً،ولا تسلم إلا بحضرته) أي بحضرة المشتري إذ لا بد للتسليم من مسلم حاضر ، فالتسليم إلى الغائب لا يتحقق (ولو كاله البائع بعد البيع ، بحضرة المشتري ، فقد قيللا يكتفى به) أي بكيل البائع .

(لظـــاهر الحديث فإنه) أي فإن الحديث (اعتبر صاعين ، وقيل يكتفى به) أي بكيل البائع (وهو الصحيح) أي الإكتفاء بالكيل الواحد هو الصحيح ، (لأن المبيـــع صـــار معلوماً بكيل واحد وتحقق معنى التسليم) وانتفى احتمال الزيادة قبل في كلام

ومحل الحديث اجتماع صفقتين على ما تبين في باب السلم إن شاء الله تعالى،

المصنف « رح » إيهام التناقض وذلك لأنه وضع المسألة أولاً فيما إذا كان العقد أن يشترط الكيل واستدل على وجوب جريـــان الصــاعين بالحديث ، ثم ذكر في آخر المسألة أن الصحيح أن يكتفى بالكيل الواحد ، وهو يقتضي أن يكون وضع المسألة فيــما يكون عقداً واحداً ، بشرط الكيل كما أن الإكتفاء بالكيل الواحد في الصحيح من الروايه ، إنما هو في العقــد الثالث بشرط الكيل ، وأما إذا وجد العقدان بشرط الكيل ، فالإكتفاء بالكيل الواحد فيهما ليس بصحيح من الرواية ، بل الجواب فيه على الصحيح من الرواية وجوب الكيلين .

وقـــال الاكمل « رح » ودفعه بأن يكون المراد بالبائع في قوله ، ولو كاله البائع ، المشتري الأول أو بالمشتري هو الثاني وبالبيع البيع الثاني ، ومعناه أن المشتري إذا باع مكـــايلة وكاله بحضرة مشتريه يكتفي بذلك ، ويدل على ذلك قوله (ومحل الحديث اجتـــماع الصفقتين) فانه يدل على أن في هذه الصورة اجتماع الصفقتين غير منظور إليه فكأنه يقول الحديث دليل على وجوب الصـــاعين فيما اجتمعت الصفقتـــان كما في أول المسألة .

والأكمل غير منفرد بهذا الكلام ، لأن السغنـــاقي ذكر هذا وتبعه الكاكي « رح » أيضاً (على مـــا تبين في باب السلم إن شاء الله تعالى) عند قوله ومن أسلم فلأجل الأجل اشترى المسلم اليه من رجل كراً ، فأمر رب السلم بقبضه قبضاً لم يكن قضاه ، وإن أمره أن يقبضه لنفسه فاكتاله له ثم اكتاله لنفسه جاز .

قـــالوا الحديث ورد فيما إذا وجد عقدان بشرط الكيل ، بأن يشتري المسلم إليه إلى آخر مـــا ذكرناه ، فانه اشترط فيه صاعان ، صاع للمسلم إليه وصاع لرب السلم بكيله للمسلم إليه أولاً ثم يكيله لنفسه لأن هاهنـــا وجد عقدان بشرط الكيل فيشترط لكل كيل على حدة .

وفي الكافي قال أيضاً إن محمل الحديث على المسلم إليه فذكر نحوه وقال فانه لايصح إلا بصاعين اجتماع الصفقتين بشرط الكيل ، أحدهما اشترى المسلم إليه والأخرى قبض

ولو اشترى المعدود عداً فهو كالمذروع فيما يروى عنهما لأنه ليس بمال الربا أو كالموزون ، فيما يروى عن أبي حنيفة « رح » لأنــــه لا تحل له الزيادة على المشروط ، قال والتصرف في الثمن قبل القبض جائز لقيام المطلق وهو الملك وليس فيــــه غرر الإنفساخ بالهلاك لعدم تعينها بالتعيين بخلاف المبيع ، قال ويجوز للمشتري أن يزيد للبائع في الثمن .

رب السلم لنفسه وهو كالبيع الجديد فانه يحتاج فيه إلى الكيلين (ولو اشترى المعدود عداً فهو كالمذروع فيــــما يروى عنهما) أي عن أبي يوسف ومحمد « رح » وهو رواية عن أبي حنيفة « رح » .

(لأنه ليس بمال الربا) ولهذا جاز بيع الواحد بالإثنين فكان المذروع وحكمه مر (أو كالموزون فيما يروى عن أبي حنيفة « رح ») وهو قول الكرخي « رح » أيضاً ، وبه قــــال الشافعي « رح » (لأنه لا تحل له الزيادة على المشروط) ألا ترى أنه من اشترى جوزاً على أنه ألف فوجدها أكثر لم تسلم له الزيادة ولووجدها أقل يسترد حصة النقصان من البائع فلا بد لجواز التصرف من العدد كالوزن في الموزون (قال) أي القدوري « رح » (والتصرف قبل القبض في الثمن جائز) بأن يأخذ من المشتري مكــان الدراهم الثمن ثوباً أو غيره ، وكذا في سائر الديون من المهر والإجرة وضمان المتلفــــات ونحوها سوى الصرف والسلم جائز (لقيام المطلق) بكسر اللام (وهو الملك) حتى لو باع إبلاً بدراهم أو بكر حنطة جاز له أن ياخذ به له شيئاً آخر (وليس فيه) أي في التصرف في الثمن (غرر الانفســــاخ بالهلاك) أي انفساخ العقد بهلاك الثمن (لعـــدم تعينهما بالتعيين بخلاف المبيع) أي من النقود ، وإذا لم يفسخ يبقى الثمن على ذمة المشتري .

(قال) أي القدوري « رح » (ويجوز للمشتري أن يزيد للبائع في الثمن) قال تاج الشريعة « رح » شرط صحة الزيادة في الثمن في ظاهر الرواية بقاء البيع و كون المبيع محــــلاً للمقابلة في حق المشتري حقيقة روى عن محمد « رح » أن شرط صحة الزيادة

ويجوز للبائع أن يزيد للمشتري في البيع ويجوز أن يحط عن الثمن ويتعلق الاستحقاق بجميع ذلك

كون المبيع قابلا للمقابلة في نفسه لا في حق المشتري حقيقة ، فعلى هذه الرواية تصح الزيادة في الثمن بعدما باع المشترى أو وهب وسلم أو تصدق ، لأن البيع بقي محلاً للمقابلة في نفسه .

وفي ظاهر الرواية لم يصح لأنه لم يبق محلا للمقابلة في حق المشترى ، وقال الإترازى الزيادة في الثمن إنما تصح إذا كان المعقود عليه قائماً ، أما إذا لم يكن فلا يصح وإن كان الهلاك حقيقة أو حكماً ، أما حقيقة كما إذا مات وأما حكماً كما إذا اشترى الرجل من الرجل جارية بألف درهم فقبضها المشترى فأعتقها أو دبرها أو كاتبها أو كان استولدها، ثم أن المشترى زاد في ثمنها فالزيادة لا تصح ، وكذلك لو باعها أو وهبها من غيره وسلمها إليه .

وقال في شرح الجامع الكبير ولو رهنها أو أجرها أوقطعت يدها صحت الزيادة لأن المعقود عليه قائم والنصرانيان إذا تبايعا خمر أثم أسلما لم يجز الزيادة في الثمن لانه كالهلاك في حق المسلم ، ولو زاد في الثمن بعد هلاك الشاة لم يجز لأن المحل ليس بقابل (ويجوز للبائع أن يزيد المشتري في البيع ويجوز أن يحط عن الثمن) زيادة البائع للمشترى في البيع جائز ما دام المبيع قائماً لأن المعقود عليه ما دام قائماً كان العقد قائماً لقيام أثره وهو الملك المستفاد في العين فاذا هلك لم تصح الزيادة لان العدم لا يصح تغييره بخلاف الحط فانه يصح بعد هلاك المعقود عليه ، فانه لو أمكن أن يجعل تغييراً للعقد بان كان العقد قائماً جعل تغييراً وإن لم يكن جعله تغييراً كما في حالة الهلاك جعل برأ عن الدين فصح الحط في الحالين .

(ويتعلق الاستحقاق بجميع ذلك) أو بالمزيد والمزيد عليه فان للبائع أن يحبس المبيع ما لم يستوف المزيد والمزيد عليه من الثمن اذا كان الثمن حال ، وليس للمشتري أن يمنع الزيادة بعد ذلك لأنها استحقت بأصل العقد ، وكذلك المشتري ليس له مطالبة البائع بتسليم المبيع ما لم يسلم المزيد والمزيد عليه من الثمن ، وكذلك المشتري يرجع على

فالزيادة والحط يلتحقان بأصل العقد عندنا ، وعند زفر والشافعي « رح » لا يصحان على اعتبار الإلتحاق بل على اعتبار ابتداء الصلة لهما ، أنه لا يمكن تصحيح الزيادة ثمناً لأنه يصير ملكه عوض ملكه فلا يلتحق بأصل العقد وكذلك الحط لان كل الثمن صار مقابلا بكل المبيع فلا يمكن إخراجه فصار براً مبتدأ ، ولنا انهما بالحط والزيادة يغيران العقد، من وصف مشروع إلى وصف مشروع وهو كونه ربحاً او خسارة او عدلاً ، ولهما

البائع بجميع ذلك ، أعني بالأصل والزيادة إذا استحق المبيع .

وفي صورة الحط للمشتري مطالبة البائع بتسليم المبيع إذا سلم ما بقي من الثمن بعد الحط ، وكذلك الشفيع يستحق المبيع بما بقي بعد الحط (فالزيادة والحط يلتحقان بأصل العقد عندنا ، وعند زفر والشافعي « رح » لا يصحان على اعتبار الالتحاق) يعني بأصل العقد (بل يصحـــان على اعتبار ابتداء الصلة) أي الهبة بالزيادة عندهما في الثمن والثمن هبة ابتداء لا يتم الا بالتسليم (لهما) أي لزفـر والشافعي « رح » (أنه لا يمكن تصحيح الزيادة ثمنـاً) أي من حيث كونه ثمنـاً (لأنه يصير ملكه) أي ملك المشتري (عوض ملكه) لأنه ملك المبيع بالعقد المسمى ثمناً ، فالزيادة في الثمن تكون في مقابلة ملك نفسه وهو المبيع ، وذلك لا يجوز فحينئذ (فلا يلتحق بأصل العقد وكذا الحط لأن كل الثمن صار مقابلاً كل المبيع فلا يمكن اخراجه) عن ذلك (فصار براً مبتدأ) يعني ابداء غير داخل في شيء .

(ولنا أنهما) أي البائع والمشتري (بالحط والزيادة يغيران العقد) لتراضيهما (من وصف مشروع) وهو أصل العقد (إلى وصف مشروع وهو كونـــه خاسراً) في الحط (أو رابحاً) في الزيادة(أو عدلاً) يعني لا خسارة ولا ربح ، والزيادة في المبيع أو الثمن أو الحط يغيره إلى هذه الأوصاف ولا يرفـــع أصله كما شرع باتاً وانحيازاً (ولهما)أي

ولاية الرفع فأولى ان يكون لهما ولاية التغيير وصار كما إذا اسقط الخيار أو شرطاه بعد العقد ثم إذا صح يلتحق بأصل العقد لأن وصف الشيء يقوم بـه لا بنفسه بخلاف حط الكل لأنه تبديل لأصله لا تغيير لوصفه فلا يلتحق به وعلى اعتبار الإلتحاق لا تكون الزيادة عوضاً

وللبائع والمشتري (ولاية الرفع) أي رفع العقد بالاقالة (فالأولى أن يكون لهما ولاية التغيير) من وصف إلى وصف ، والتصرف في وصف الشيء أهون من التصرف في أصله فالذي يملك التصرف في الأصل أولى بأن يملك التصرف في الوصف (وصار كما إذا اسقط الخيار) أي وصار كما إذا كان للعاقدين أو لاحدهما خيار الشرط فاسقط .

(أو شرطاه بعد العقد) أي أو شرطا الخيار به ، أي وصار كما بعد اتمام العقد (ثم إذا صح) أي الحط والزيادة (يلتحق بأصل العقد) أي بأصل العقد (لأن وصف الشيء يقوم به ، لا بنفسه) أي لا يقوم بنفسه (بخلاف حط الكل) هذا جواب عما يقال ، لو كان حط البعض صحت لكان حط الكل كذلك اعتباراً للكل بالبعض ، فأجاب بقوله بخلاف حط الكل حيث لا يصح (لأنه) أي لأن حط الكل (تبديل لأصله) أي تغيير لأصل العقد (لا تغيير لوصفه) لأن عمل الحط في اخراج القدر المحطوط من أن يكون ثمناً .

فالشرط فيه قيام الثمن وذلك في حط البعض لوجود ما يصلح ثمناً ، واما حط الجميع فتبديل للعقد لأنه اما أن يبقى بيعاً باطلا لعدم الثمن حينئذ ، وقد علمنا أنهما لم يقصدا ذلك أو يصير هبة وقد كان قصدهما التجارة في البيع دون الهبة (فلا يلتحق به) أي بأصل العقد لوجود المانع ، فلا يلزم من عدم الإلتحاق لمانع عدمه لا لمانع . فيلحق حط البعض بأصل العقد .

(وعلى اعتبار الإلتحاق) هذا جواب عن تعليل زفر والشافعي «رح» إن بالزيادة يصير ملكه عوض ملكه فأجاب بقوله وعلى اعتبار الإلتحاق فيما إذا اعتبرنا الإلتحاق (لا تكون الزيادة عوضاً عن ملكه) أي عن ملك المشتري لأن

عن ملكه ، ويظهر حكم الإلتحاق في التولية والمرابحة حتى يجوز على الكل في الزيادة ويباشر على البـــاقي في الحط وفي الشفعة حتى يأخذ بما بقي في الحط ، وإنما كان للشفيع أن يأخذ بدون الزيادة لما في الزيادة من ابطال حقه الثابت فلا يملكان ثم الزيادة لا تصح بعد هلاك المبيع على ظاهر الرواية ، لأن المبيع لم يبق على حالة

الزيادة لما التحقت بأصل العقد صارت كالموجودة عند العقد فلا يلزم حينئذ ما قالاه .

(ويظهر حكم الإلتحاق في التولية والمرابحة حتى يجوز على الكل في الزيادة ويباشر على الباقي في الحط) فإن البائع إذا حط بعض الثمن عن المشترى ، والمشتري قال الآخر وليتك هذا الشيء وقع عقد التولية على مـــا بقي من الثمن بعد ، فكان الحط بعد العقد ملتحقاً بأصل العقد وكان الثمن في ابتداء العقد هو ذلك المقدار وكذلك في الزيادة .

(وفي الشفعة) أي يظهر حكمه أيضاً في الشفعة (حتى يأخذ) أي الشفيع (بما بقي في الحط) دون الزيادة لمافيه من ابطال حقه الثابت بالثمن الأول فلا يملكان إبطاله (وإنما كان للشفيع) هذا جواب سؤال مقدر تقديره أن يقال لو كانت الزيادة ملتحقة بأصل العقد لأخذ الشفيع بالزيادة كما لو كانت في ابتداء العقد وتقرير الجواب انمـا كان للشفيع (أن يأخذ بدون الزيادة) لأن حقه تعلق بالعقد الأول فإذا أخذ بالزيادة يبطل حقه الذي تعلق بالعقد وهو معنى قوله (لمـا في الزيادة من إبطـال حقه الثابت) الثابت له بالعقد الأول وليس لهـا ولاية على ابطال حق الغير ، تراضيهما وهو معنى قوله (فلا يملكان) أي التصرف بالزيادة فيما يرجع إليه الشفيع لأنه اضرار به فلم يظهر الزيادة في حقه (ثم الزيادة) أي في الثمن (لا تصح بعد هلاك المبيع) لأن الزيادة تغير المعقدين من وصف يستدعي قيام العقد وقيامه بقيام المعقود عليه (على ظاهر الروايه) .

احترازاً عمـــا روى عن الحسن عن أبي حنيفة « رح » في غير روايـة الأصول أن الزيادة تصح كالحط ، وأشار إلى وجه ظاهر الرواية بقوله (لأن المبيع لم يبق على حالة

يصح الاعتياض عنه والشيء يثبت ثم يستند بخلاف الحط لانه بحـــال يمكن اخراج البدل عما يقابله فيلتحق بأصل العقد استناداً .

قال ومن باع بثمن حال ثم أجله اجلاً معلوماً صار مؤجلاً

يصح الاعتياض عنه) إذ الإعتياض انما يكون في موجود (والشيء يثبت ثم يستند) فلم يستند الزيادة لعدم ما يقابله فلا يستند .

وذكر في الشامل في رواية النوادر ويجوز الزياده بعد الهلاك كالحط (بخلاف الحط) حيث يصح بعد الهلاك (لانه بحال يمكن إخراج البدل عما يقابله) لكونه اسقاطاً والإسقاط لا يستلزم ثبوت ما يقابله فيثبت الحط في الحال (فيلتحق بأصل العقد استناداً) أي من حيث الإستناد .

وقال تاج الشريعه قوله بحال يمكن اخراج البدل إلى آخره فإن الهلاك لا قيمة له فإخراج البدل عما يقابله ملائم له ولا كذلك الزيادة في الثمن بعد هلاك المبيع ونظيره ما ذكر في كتاب الطلاق إذا قال لامرأته انت طالق واحدة فماتت المرأة بعد قوله أنت طالق قبل قوله واحدة لا يقع الطلاق لأن العدد إذا قرن بالطلاق كان المعتبر هو العدد ، وحين قال واحدة ما يثبت المرأة محلا للطلاق فيبطل ولو قـال أنت طالق إن شاء الله ، فماتـت بعد قوله أنت طالق قبل قوله إن شاء الله لا يبطل الإستناد ويعمل عليه بعـد الموت كذلك فيما نحن فيه هلاك المبيع ملائم اخراج الثمن عن مقـــابلته ولا يلائم جعل الشيء بمقابلته فلهذا يصح الحط ولا تصح الزيادة .

(قال) أي القدوري « رح » (ومن باع بثمن حال ثم أجله أجلا معلومـــاً صار مؤجلا) وقال الشافعي وزفر « رح » لا يصـــير مؤجلا حتى يجوز له أن يطالبه في الحال لأن هذا وعد ، وكذا خلافه في كل دين حال إذا أجل فعندنا يصير مؤجلا وبه قـــال مالك إلا القرض فإن تأجيله لا يصح وعند مالك « رح » يصح ما يجيء عن قريب .

لانـ الثمن حقه فله ان يؤخره تيسيراً على من عليـه الا يرى انه يملك ابراه مطلقاً ، فكذا مؤقتاً ولو اجله إلى أجل مجهول إن كانت الجهالة متفاحشة كهبوب الريح لا يجوز وإن كانت متقاربة كالحصاد والدياس ، يجوز لأنه بمنزلة الكفالة وقد ذكرناه من قبل قال وكل دين حال إذا أجله صاحبه صار مؤجلا لما ذكرنا إلا القرض ، فإن تأجيله لا يصح لانه اعارة وصلة في الابتداء حتى يصح بلفظ الإعارة ولا يملكه من لا يملك التبرع كالوصي والصبي

(لأن الثمن حقه فله أن يؤخره تيسيراً على من عليه) لأن التأجيل برأة مؤقته إلى حلول الأجل ، وهو يملك البراءة المطلقه بالابراء عن الثمن فلان يملك البراءة المؤقتـه أولى وهو معنى قوله (ألا يرى انه يملك ابراه مطلقا فكذا مؤقتاً) أي فكذا يملك ابراه مؤقتا بل هو بطريق الأولى .

(ولو أجله إلى أجل مجهول إن كانت الجهالة متفاحشة كهبوب الريح) ونزول المطر وقدوم الحاج وقدوم رجل من سفره (لا يجوز وإن كانت) أي الجهاله (متقاربة كالحصاد والدياس) أي حصـاد الزرع ودياسه ، والجذاذ والنيروز والمهرجان والميلاد (يجوز لانه بمنزلة الكفـــالة) فإن الأجل لم يشترط في عقد المعاوضة فيصح مع الجهالة ليصير بخلاف البيـع (وقد ذكرناه من قبل) يعني في أواخر البيـع الفاسد .

(وكل دين حـــال إذا أجله صاحبه صار مؤجلاً لما ذكرنا) أنه حقه فله ان يؤخره (إلا القرض فإن تأجيله لا يصح لأنه) أي لأن القرض (إعارة وصلة في الابتداء) فبهذا الإعتبـــار من التبرعات (حتى يصح بلفظ الإعارة) حتى لو قال اعرتك هذه المائة مثلا فيكون قرضاً (ولا يملكه) أي ولا يملك القرض .

(من لا يملك التبرع كالوصي) فإنه لا يجوز له أن يقرض مال الصغير (والصبي)فإنه

ومعاوضته في الانتهاء فعلى اعتبار الإبتداء لا يلزم التأجيل فيه كما في الإعـــارة إذ لا جبر في التبرع . وعلى اعتبار الانتهاء لا يصح لأنه يصير بيع الدراهم بالدراهم نسيئة وهو ربا وهذا دين وهذا بخلاف ما إذا اوصى ان نقرض من ماله الف درهم فلاناً إلى

لا يملك التصرف فضلاً عن القرض الذي هو التبرع (ومعـــاوضته) أي القرض معاوضة (في الإنتهاء) لأن الواجب بالقرض دون المثل لا رد العين (فعلى اعتبار الابتداء لا يلزم التأجيل فيه كما في الإعارة) أي كما لا يلزم في الإعارة (إذ لاجبر في التبرع) لأن الأجل لو لزم فيه لصـار المتبرع ملزماً على المتبرع وهو المكث على المطالبة إلى مضي الأجل وذاتيا في موضوع التبرعات .

قال الله تعالى ﴿ما على المحسنين من سبيل﴾ ولو ثبت الجبر لتحقق السبيل وفي شرح الأقطع ، لو شرط الأصل في ابتداء القرض بطل الشرط وصح القرض ، وكذلك إذا شرطـاه في ثاني الحال ولو مات المقرض واجل وارثه .

قـــال الامام قاضي خان « رح » لا يصح كما لو أجل المقرض وقال صاحب المحيط ينبغي أن يصح من الوارث على قول البعض ، وقال واحد من الفقهاء رأيت في المنتقى أن القرض إذا صار مستهلكاً يصح تأجيله والصحيح انه لا يصح .

وقال الإمام السرخسي « رح » التأجيل في بدل المستهلك صحيح سواء كان المستهلك دراهم أو دنانير أو غير ذلك وعند زفر « رح » لا يصح و الحيلة في تصحيح تأجيل القرض أن يحيل المستقرض المقرض على آخر بدينه واجل المقرض ذلك الرجل فحينئذ يصح كذا في فصول الأستروشي .

(وعلى اعتبار الإنتهاء لا يصح لأنه يصير بيع الدراهم بالدراهم نسيئة وهو الربا) والمعول على النكتة الأولى لا على النكتة الثانيـة لأن على النكتة الثانيه يلزم أن لا يصح القرض أصلا وهو جـــائز بالإجماع وكأنه انتفع بالعين وردها (وهذا) أي هذا الذي ذكرناه (بخلاف مـا إذا أوصى أن يقرض من ماله ألف درهم فلاناً إلى سنة حيث يلزم

سنة حيث يلزم الورثة من ثلثه اٴن يقرضوه ولا يطالبوه قبل المدة لأنه وصية بالتبرع بمنزلة الوصية بالخدمة والسكنة فيلزم حقاً للموصى له .

الورثة من ثلثه أن يقرضوه ولا يطالبوه قبل المدة لأنه وصية بالتبرع بمنزلة الوصية بالخدمة والسكنة) في كونهما وصية بالتبرع بالمنافع ويلزم في الوصية ما لا يلزم في غيره ألا ترى أنـه لو أوصى بثمرة بستانه إلى فلان صح ولزم وإن كانت معدومة وقت الوصية فلذلك يلزم التأجيل في القرض .

وهو معنى قوله (فيلزم حقاً للموصى له) حتى لا يجوز للورثة مطالبة الموصى له بالإسترداد قبل السنة حقاً له .



باب الربا

قال الربا محرم في كل مكيل أو موزون إذا بيع بجنسه متفاضلا ،

(باب الربا)

أي هذا باب في بيان أحكام الربا ، ولما فرغ من بيان ابواب البيوع التي أمر الشارع بمباشرتها بقوله تعالى ﴿ وابتغوا من فضل الله ﴾ مع أنواعها صحيحاً وفاسداً شرع في بيان أبواب البيوع التي نهى الشارع عنها بقوله تعالى ﴿ يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا الربا ﴾ ، يقال ربا المال يربوا ربواً إذا زاد وارتفع والإسم الربا مقصور وفي الشرع فضل مال بل عوض في معاوضة مال بمال ، وإذا نسب إليه يقال هذا مال الربا بكسر الراء والفتح خطأ وفي المبسوط الربا فضل خال عن العوض المشروط في البيع .

وقال علماؤنا هو نوع بيع فيه فضل مستحق لأحد المتعاقدين خال عما يقابله من عوض شرط في هذا العقد ، وعلى هذا سائر أنواع البيوع الفاسدة من قبيل الربا وفي جميع المعلوم الربا شرعاً عبارة عن عقد فاسد وإن لم يكن زيادة ، لان بيع الدراهم بالدراهم نسيئاً ربا ، وان لم يتحقق فيه زيـــادة ، وعند الشافعي « رح » البيع هو التصرف المشروع بحده ، والربا إسم جعل علماً على تصرف يفيد العقد لا على الحد المشروع إنتهى .

وليس المراد مطلق الفضل بالإجماع وإن فتح الأسواق في سائر بلاد المسلمين للإستفضال والإسترباح وإنما المراد فضل مخصوص وهو فضل مستحق لأحد المتعاقدين خال عما يقابله من العوض .

(قال) أي القدوري « رح » (الربا محرم في كل مكيل أو موزون إذا بيع بجنسه متفاضلا) أي حكم الربا وهو ثبوت الحرمة حاصل في كل مكيل بجنسه أو كل موزون بيع بجنسه ، إذا وجد علة تحريم التفـــاضل كما إذا باع مكيلا ، أي مكيل كان بجنسه يحرم الفضل وكذلك إذا باع الموزون ، أي موزون كان بجنسه يحرم الفضل (فالعلة)

فالعلة عندنا الكيل مع الجنس، أو الوزن مع الجنس قـــال « رح»
ويقال القدر مع الجنس وهو اشمل والاصل فيه الحديث المشهور
وهو قوله عليه السلام الحنطة بالحنطة مثلا بمثل ، يداً بيـــد
والفضل ربا .

أي علة الربا (عندناالكيل مع الجنس أو الوزن معالجنس) هذا لفظ القدوري « رح »
(قال) أي المصنف « رح » (ولن يقال القدر مع الجنس وهو أشمل) لأنه يتناولهما
وليس كل واحـــد بانفراده يتناول آخر (والأصل فيه) أي في باب حكم الربا
(الحديث المشهور) وهو الذي تلقته الأمة بالقبول ولشهرتـــه ظن بعض العلماء « رح »
أنه متواتر ، وليس كذلك لانهلا يصدق عليه حـــد التواتر ولكنه مشهور تجوز الزيادة
به على الكتاب وقال الجصاص هذا الحديث يقرب من المتواتر لكثرة رواته (وهو قوله
عليه السلام) أي قول النبي (ﷺ) (الحنطة بالحنطة مثلاً بمثل ، يداً بيد ، والفضل
ربا) الحديث ورد في هذا الباب مروي عن جماعة من الصحابة .

وقال الكاكي ومداره على أربعة نفر من الصحابة عمر « رض » وعبادة بن الصامت
وأبو سعيد الخدري « رض » ومعاوية بن ابي سفيان « رض » ولم يقل شيئاً غير ذلك ،
قلت روى أيضاً عن بلال وأبي هريرة ومعمر بن عبد الله وأبي بكر وعثمان وهشام بنعامر
والبراء وزيد بن أرقم وخالد بن أبي عبيـــد وأبي بكرة وابن عمر وأبي الدرداء « رض »
فهؤلاء اثني عشر نفر غير الاربعة الذين ذكرهم الكاكي فالجميع ستة عشر نفراً من الصحابة
رضي الله عنهم .

أما حديث عمر « رض » فرواه الأئمة الستة من رواية مالك بن أوس « رض » أن
رسول الله ﷺ قال الورق بالورق ربا الاهاء وهاء ، والبر بالبر الا هـــا وها ، والشعير
بالشعير إلا هاء وهاء ، والتمر بالتمر إلا هاء وهاء .

وأما حديث عبادة بن الصامت فأخرجه الجماعة غير البخاري واللفظ للترمذي عن
أبي الأشعث عن عبادة بن الصامت عن النبي ﷺ قـــال : الذهب بالذهب مثلاً بمثل ،

والفضة بالفضة مثلا بمثل ، والتمر بالتمر مثلا بمثل ، والبر بالبر مثلا بمثل ، والملح بالملح مثلا بمثل ، والشعير بالشعير مثلا بمثل ، فمن زاد أو استزاد فقد أربى ، وبيعوا البر بالشعير كيف شئتم يداً بيد .

أما حديث أبي سعيد الخدري « رض » فأخرجه مسلم والنسائي عنه قال قال رسول الله ﷺ الذهب بالذهب ، والفضة بالفضة ، والبر بالبر ، والشعير بالشعير ، والتمر بالتمر ، والملح بالملح مثلا بمثل يداً بيد فمن زاد أو استزاد فقد أربى ، الآخذ والمعطي فيه سواء .

وأما حديث معاوية صريحاً فلم أقف عليه ، وإنما ذكر في حديث أبي الدرداء أخرجه النسائي حدثنا قتيبة عن مالك عن زيد بن أسلم عن عطاء بن يسار أن معاوية باع سقاية من ذهب أو ورق أكثر من وزنها فقال أبو الدرداء « رض » سمعت رسول الله ﷺ ينهى عن مثل هذا إلا مثلا بمثل .

وأما حديث بلال رضي الله عنه فعند الطحاوي والطبراني وفيه قال قال رسول الله ﷺ التمر بالتمر مثلا بمثل ، والحنطة بالحنطة مثلا بمثل ، والذهب بالذهب وزناً بوزن ، والفضة بالفضة وزناً بوزن ، فإذا اختلف النوعان فلا بأس واحد بعشرة .

وأما حديث أبي هريرة « رض » فعند مسلم عن أبي زرعة عنه قال قال رسول الله ﷺ التمر بالتمر ، والحنطة بالحنطة الحديث .

وأما حديث معمر بن عبد الله « رض » فعند مسلم في افراده وفيه كنت أسمع رسول الله ﷺ يقول الطعام بالطعام مثلا بمثل .. الحديث .

وأما حديث أبي بكر رضي الله عنه فعند البزار في مسنده عن أبي رافع قال سمعت أبا بكر الصديق « رض » يقول سمعت رسول الله ﷺ يقول الذهب بالذهب والفضة بالفضة مثلا بمثل الزائد والمستزيد في النار .

وأما حديث عثمان « رض » فعند مسلم والطحاوي عن سليمان بن يسار أنه سمع مالك ابن أبي عامر يحدث عن عثمان بن عفان « رض » أن رسول الله ﷺ قال لا تبيعوا

وعد الاشياء الستة. الحنطة والشعير والتمر والملح والذهب والفضة على هـــذا المثال ويروى بروايتين، بالرفع مثل وبالنصب مثلا،

الدينار بالدينارين، ولا الدرهم بالدرهمين.

وأما حديث هشام بن عامر فعند الطبراني باسناده عنه وفيه نهى رسول الله ﷺ عن بيع الذهب بالورق نسيئة.

وأما حديث البراء وزيد بن أرقم فعند البخاري ومسلم «رض» وفيه كلاهما قـــال نهى رسول الله ﷺ عن بيع الذهب بالورق، والورق بالذهب ديناً.

وأما حديث فضالة بن عبيد «رح» فعند أبي داود «رح» والطحاوي «رح» قال: كنا مع رسول الله ﷺ يوم خيبر.. الحديث. وفيـــه لا تبيعوا الذهب بالذهب إلا وزناً بوزن.

وأما حديث أبي بكرة فعند النسائي والطحاوي قال: نهانا رسول الله ﷺ أن نبيع الفضة بالفضة إلا عيناً بعين سواء بسواء، ولا نبيع الذهب بالذهب إلا عينـــاً بعين سواء بسواء.

وأما حديث ابن عمر «رض» فعند الطحاوي والحاكم في مستدركه وفيه أن ابن عمر «رض» قال: الدينار بالدينار والدرهم بالدرهم لا فضل بينهما، هذا مـــا عهد نبينا إلينا وعهدنا إليكم.

وأما حديث أبي الدرداء فقد مضى عن قريب. ثم اعلم أن المصنف قال قال رسول الله ﷺ الحنطة بالحنطة، بدأ بالحنطة وليس في الأحاديث المذكورة الابتداء بالحنطة كما رأيت ولكن الحنطة مذكورة في أثناء الحديث ولكنه ذكر ما ذكر في المبسوط فإنه قال فيه بدأ أحمد «رح» الكتاب بحديث رواه عن ابي حنيفة «رح» عن عطية العوفي عن أبي سعيد الخدري عن رسول الله ﷺ قال: الحنطة بالحنطة... الحديث.

ثم قال المصنف «رح» (وعد الأشياء الستة) أي عد النبي ﷺ فيما فيه ربا ستة أشياء (الحنطة والشعير والتمر والذهب والملح والفضة على هذا المثال) أي مثلا بمثل يداً بيـد في جميع ذلك (ويروى) يعني يروى قوله مثلا بمثل (بروايتين بالرفع مثل وبالنصب

ومعنى الأول بيع التمر ومعنى الثاني بيعوا التمر ، والحكم معلول باجماع القائسين ، لكن العلة عندنا مـــا ذكرناه ، وعند الشافعي « رح » الطعم في المطعومات والثمنية في الأثمان

مثلا ومعنى الأول) أي الرفع (بيع التمر) أي بيع التمر بالتمر مثل بمثل ، فعلى هذا يكون ارتفاع مثل على أنه خبر للمبتدأ وهو قوله بيع التمر فإنه مرفوع بالابتداء .

(ومعنى الثاني) أى النصب (بيعوا التمر) فالمعنى على هذا بيعوا التمر بالتمر حال كونه مثلاً بمثل ، فقوله التمر منصوب على المفعولية ومثلا نصب على الحال ، والتقدير حال كونهما متماثلين ، وأما وجه الرفع والنصب في قوله يداً بيد **فماتعرض إليه المصنف ولا غالب** الشراح غير أن الاترازي قال قوله يداً بيد ، مثلا بمثل ، حال أي قابضاً يداً بيد ، قلت فيه ما فيه لان على تقديره يكون انتصاب يداً على المفعولية ، لا على الحال ، ولا يكون الحال إلا قوله قابضاً ، والكلام في أن نفس يداً هو حال فكأنه لمـــا علم أن من شرط الحال أن يكون من المشتقات ولفظ يد غير مشتق ، فقدر بهـــذا التقدير فوقع فيما هو بدا منه .

والقاعدة في وقوع الحال في غير المشتقات أن يؤول بالمشتق **فأولوا** قوله يداً بيـد على معنى متناجزين (والحكم) وهو حرمة الفضل (معلول بإجماع القائسين) وهم الأئمـــة الأربعة وأصحابهم « رح » واحترز به عن أهل الظاهر فانهم ينفون القياس ويقولون لا يكون الربا إلا في الأشياء الستة التي ذكرها رسول الله ﷺ وخصها بالذكر ، وهو أيضاً **منقول عن طاووس وقتادة وعثمان البتي وأبي سليمان. قلنا إنما ذكر هذه الاشياء لتكون دلالة** على ما فيه الربا مما سواها مما يشبهها ، فالعلة فحيثما وجدت تلك العلة يوجد الربا .

(لكن العلة عندنا ما ذكرناه) وهو قوله القدر مع الجنس ، وعدوا هذا الحكم إلى **كل مكيل أو موزون قوبل بجنسه حتى أثبتوا هذا الحكم في الجص والنورة ونحوها لوجود** الكيل واثبتوه في الحديد والنحاس والرصاص ونحو ذلك لوجود الوزن .

(وعند الشافعي « رض » الطعم) أي العلة في الربا الطعم (في المطعومات والثمنية) أي كونها ثمناً (في الاثمان) وعدى هذا الحكم إلى كل ما صار ثمناً بالاصطلاح كالدراهم

والجنسية شرط والمساواة مخلص والأصـــل هو الحرمة عنده لأنـــه نص على شرطين التقابض والمماثلة وكل ذلك يشعر بالعزة والخطر ، كاشتراط الشهادة في النكاح فيعلل بعلة تناسب إظهار الخطر والعزة ، وهو طعم لبقاء الإنسان به والثمنية لبقاء الأموال

المنقوشة والفلوس الرائجة ، وقيل بالثمينة المطلقة لا تتعدى إلى الفلوس والقطارفة كذا في المختلف ، وفي الروضة والمراد بالمطعوم ما يعد الطعم غالباً تقوتاً أو تأدماً أو تفكهـاً وغيرها ، فيدخل فيه الفواكه والحبوب والبقول والتوابل .

ويدخل الثمينة والتبر والمضروب والحلي والأواني من الذهب والفضة في تعدي الحكم إلى الفلوس إذا راجت وجه . والصحيح أنها لا ربا فيها لانتفاء الثمينة الغالية ولا يتعدى إلى غير الفلوس من الحديد والنحاس والرصاص وغيرها قطعاً ، ويقول الشافعي « رض » قال أبو ثور وابن المنذر « رض » (والجنسية شرط) أي شرط العمل العلة عليها حق لا تصل العلة المذكورة عنده إلا عند وجود الجنسية ، وحينئذ لا يكون لهـا أثر في تحريم النساء ، فلو أسلم هروياً في هروي جاز عنده ، وعندنا لا يجوز .

(والمساواة مخلص) بفتح الميم وسكون الخـاء أي موضع الخلاص ، يعني يتخلص بالمساواة عن الحرمة (والأصل هو الحرمة عنده) أي عنـد الشافعي « رض » ، وكان حق الكلام أن يقال والأصل هو الحرمة عنده والمساواة تختلص أي عند الحرمة .

(لأنه) أي لان الشارع (نص على شرطين) أحدهما هو قوله (التقابض) يفهم من قوله يداً بيد والآخر هو قوله (والمماثلة) يفهم من قوله مثلا بمثل (وكل ذلك) أي وكل من الشرطين (يشعر بالعزة والخطر) أى عند الشافعي « رض » (كاشتراط الشهادة في النكاح) فإن اشتراط الشهادة في عقد النكاح لأجل اظهار خطرها وعزتها دون سـائر المعاملات (فيعلل) أى إذا كان الشرطان يشعران بـالعزة والخطر فيعلل الربا (بعلة تناسب إظهـار الخطر والعزة وهو طعم) في المطعومات (لبقاء الإنسان به والثمنية لبقـاء الاموال التي هي مناط المصالح بها) أي تعلق مصالح الإنسان بالامـوال

التي هي مناط المصالح بهـــا ولا أثر للجنسية في ذلك ، فجعلناه شرطاً والحكم قد يدور مع الشرط ، ولنا أن أوجب المماثلة شرطاً في البيع وهو المقصود بسوقه تحقيقاً لمعنى البيع إذ هو ينبىء عن التقابل

والمناط مصدر ميمي من ناط الشيء ينوطه نطاً أي علقه (ولا أثر للجنسية في ذلك) أي في اظهار الخطر والعزة (فجعلناه) أي جعلنا الجنس (شرطاً) لا علة (والحكم قـد يدور مع الشرط) بيان هذا أن العلة إنما تعرف بالتأثير وللطعم والثمنيـــة أثر كما ذكرنا وليس للجنسية أثر لكن لاتكميل إلاعند وجود الجنس فكان شرطاً لأن الحكم يدور مع الشرط وجوداً عنده لا وجوباً به .

وقال الكاكي رحمه الله قوله والحكم قد يدور لدفع شبهة ترد على جعله الطعم علة أو الثمنية علة ، وهو أن الحكم يدور مع الجنسية كما يدور مع الطعم والثمنية عنده فلم يجعل الجنسية علة كما جعلها خصمك علة الربا فأجاب عنها فقال نعم كذلك إلا أن العلة للوصف الذي له أثر في الاستجلاب ذلك الحكم لا لمجرد الدوران فان الحكم قـد يدور مع الشرط ، كالرجم مع الاحصان مع الزنا فإنه يدور معه وجوداً وعدماً ، ولا يدل على كونـه علة وقال تاج الشريعة رحمه الله ولأنه عليه السلام ذكر من المطعومات أربعـة ، وهي أصول الطعم فان الحنطة أصل لقوت بني أدم ، والشعير للدواب ، والتمر من الأصول تفكهـا ، والملح أصل لتطييب الأطعمة .

فتبين بذلك أن العلة هي الطعم ، أما إذا جعلت القدر مع الجنس يتمحض ذكر هذه الأشياء تكراراً إذ صفة القدر فيها لا يتنوع ، وحمل كلام الشارع على مـا يفيده فائدة زائدة أولى (ولنا أنه) أي أن الحديث المذكور أو أن النبي ﷺ (أوجب المماثلة شرطاً في البيع) بقوله مثلا بمثل لما مر أنه حال والأحوال شروط (وهو المقصود بسوقـه) أي وجوب المماثلة هو المقصود بسوق الحديث لاحد معان ثلاثة .

أشار إلى الأول بقوله (تحقيقاً لمعنى البيع) أي لأجل تحقيق معنى البيع (إذ هو) أي لان البيع (ينبىء عن التقابل) لأن البيع مبـادلة المال بالمال لان ما كان من باب المفاعلة يقتضي مقابلة كل جزء من أجزاء الآخر في متحد الجنس ، ولو فضل أحد العوضين

وذلك بالتماثل أو صيانة لاموال الناس عن النوى أو تتميماً للفائدة باتصال التسليم ثم يلزم عند فوته حرمة الربا والمماثلة بين الشيئين باعتبار الصورة والمعنى ،

لحل ذلك الفضل عن العوض فلا يتحقق معنى التقابل فلا تتحقق المعـــاوضة بل يكون استحقاقاًلذلك القدر ، وذاخلافقضيةالمعاوضة (وذلك) أي التقابل يحصل (بالتماثل) لانه لو كان أحدهما أنقص من الآخر لم يحصل التقابل من كل وجه ، وأشار إلى المعنى الثاني بقوله (أو صيانة لأموالالناسعنالنوى) أو صيانة عطف على قوله تحقيقاً ، أي اولاجلصيانة أموال الناس عن النوىأي الهلاك والتلف،لان أحدالبدلينإن كان أنقصمن الآخر كان التبادل مضيعاً لفضل ما عليه الفضل ، يوضحهإذا كانالزائدخالياًعنالعوض وفيه تلف الزائد فاشترطت المماثلة حتى يتعين أموال الناس .

وإليه أشار النبي ﷺ بقوله والفضل ربا أي الفضل على المتماثلين ربا ، يعني أن الذي نطق به القرآن بقوله وحرم الربا المراد بـــه هذا الفضل وأشار إلى المعنى الثالث بقوله (أو تتميماً للفائدة) أي لأجل التتميم لفائدة البيع وهو ملك الرقبة قبل القبض وملك التصرفبعده (باتصال التسليمبه) أي بالتماثل ، يعني أن في النقدين لكونهما لايتعينان بالتعيين شرطت المماثلة قبضاً بعد مماثلةكل منها للآخر ، والتتميم فائدة المبيع وهو ثبوت الملك .

وفي المبسوطصاحب الشرع أوجب المماثله في الجنس الواحد تتميماً للفائدة في حق المتعاقدين ، إذ لو كان أحد المعوضين أقل من الآخر تكون الفائدة تامة في حقأحد المتعاقدين دون الآخر في إيجابالمماثلة اتماماً للفائدةلكلواحد منهما (ثم يلزم عند فوته) أي عند فوت التماثل الذي هو شرط الجواز (حرمة الربا) لقوله عليه السلام والفضل ربا (والمماثلة بين الشيئين باعتبار الصورة والمعنى) هذا بيان عليه القدر والجنس لوجوب المماثلة ، لأن المماثلة بين الشيئين إنما تكون باعتبار الصورة والمعنى، لأن كل محدثموجود بصورته ومعناه ، وإنما تقوم المماثلة بهما فالقدر عبارة عن التساوي في المعيار فيحصل به المماثلة صورة ، والجنس عبارة عن التشاكل في المعاني فتثبت به المماثلة معنى .

والمعيـــار يسوي الذات والجنسية تسوي المعنى فيظهر الفضـل على ذلـــك فيتحقق الربا لان الربا هو الفضل المستحق لاحـــد المتعاقدين في المعاوضة الخالية عن عوض شرط فيـــه ، ولا يعتبر الوصف لانه لا يعد تفاوتاً عرفاً

فان قيل حكم النص وجوب المماثلة فأي أثر للكيل والجنس في وجوب المماثلة بل أثرهما في الوجود ، قلنا المراد المقصود من الوجوب الوجود ولا يمكن الابتداء بالايجاد إلا بالوجوب لان الوجود يفضي إلى الوجوب ولا يمكن ايجاد المماثلة إلا بالقدر والجنس فيكون لهما أثر في وجود المماثلة وأضيف إليه لأن حكم النص إيجاب المماثلة ، وحرمة الفضل عند فوتهما كذا في جامع قاضي خان .

(والمعيار يسوي الذات) قال الجوهري : المعيار من عايرت المكاييل والموازين عياراً وعـارت بمعنى واحد ، ومعنى المعيار بسوى الذات أي الصورة فان كيلاً من البر مماثلا كيلا من الذرة من حيث الصورة دون المعني لعدم الجنسية (والجنسية تسوى المعنى) فان كيلاً من بر يساوي كيلا من بر من حيث الصورة والمعنى ، أما صورة فظاهر وأمـــا معنى فللجنسية .

والقفيز من الحنطة يســاوى القفيز من الشعير من حيث الصورة والمعنى ، فإذا كان كذلك (فيظهر الفضل على ذلك) أى على التساوي من حيث الصورة والمعنى (فيتحقق الربا لان الربا هو الفضل المستحق لاحد المتعاقدين في المعاوضة الخالي عن عوض شرط فيه) قوله الخالي صفة للفضل ، قوله فيه أي في العقد (ولا يعتبر الوصف) هذا جواب عما يقال إذا كانت للمماثلة شرطاً على ما قلتم فكيف اهدر التفاوت في الوصف وهو الجودة في أحد البدلين دون الآخر ، فأجاب بقوله ولا يعتبر الوصف أي وصف الجودة والرداءة (لانه) أي لان الوصف (لا يعد تفاوتاً عرفاً) أي من حيث العرف فان الناس لا يعدون التفاوت فيه معتبر العلة ، ولهذا تصرف الأموال بالعدد دون الوصف فيقال له مائة درهم أو دينار من غير اعتبار التفاوت بين الجيد والرديء .

أو لان في اعتباره سـد باب البياعات أو لقوله عليه السلام جيدها ورديئها سواء ، والطعم والثمنية من أعظم وجوه المنافع والسبيل في مثلها الإطلاق بابلغ الوجوه لشدة الاحتياج إليها دون التضييق فيه فلا معتبر بما ذكره

قال الأكمل «رح»وفيهتأمل لانه لو كان كذلك لما تفاضلا في القيمة في العرف انتهى.

قلت الكلام فيه من حيث الوصف لا من حيث الذات ، والتفاضل في القيمة يرجع إلى الذات(أولان في اعتباره) أي في اعتبار التفاوت في الوصف (سدباب البياعات)فيهذه الاشياء ، وهو مفتوح لان بيع هذه الاشياء لا يجوز متفاضلا ولا مجازفة فلم يبق إلا حالة التساوي ، ولو اعتبر المساواة في الوصف تسد بياعات هذه الاشياء بجنسها لان الحنطة لا تكون مثل حنطة أخرى في الوصف لا محالة والبياعات بكسر الباء جمع بياعة ، وإنما جمعوا المصدر على تأويل الانواع (أو لقوله عليه السلام) أي ولا يعتبر الوصفلقول النبي ﷺ (جيدها ورديئها سواء) .

وهذا الحديث غريب ومعناه يؤخذ من إطلاق حديث أبي سعيد الخدري رضي الله عنه ، وقدر في هذا الباب .

وذكر الاترازي « رح » وغيره هذا الحديث وسكتوا عنه (والطعموالثمنيةمنأعظم وجوه المنافع) هذا جواب عن جعل الشافعي « رح » المطعم والثمنيةعلة للحرمة تقريره أن ذلك فاسد لانهما يقتضيان خلاف ما أضيف اليهما لانهما لما كانا من أعظم وجوه المنافع كان الطريق فيه الاطلاق وهو معنى قوله :

(والسبيل في مثلها) أي في مثل هذه الاشياء التي تتعلق بها أعظم وجـوه المنافع (الاطلاق) أي التوسعة (بأبلغ الوجوه لشدة الاحتياج اليها دون التضييقفيه) فانالسنة الإلهية جرت في حق جنس الانس وسائر جنس الحيوانات ، إنما كان الاحتياج اليها أكثر كان أمره في الوجود واطلاق الشرح أوسع كالماء والهواء وعلف الدواب،وإذا كان كذلك كان تعليله بما يوجب التضييق تعليلا بفساد الوضع (فلا معتبراً بما ذكره) أي بمـا ذكر

إذا ثبت هذا فنقول إذا بيع المكيل أو الموزون بجنسه يداً بيد مثلاً بمثل جاز البيع فيه لوجود شرط الجواز وهو المماثلة في المعيار ، الا ترى إلى ما يروى مكان قوله مثلا بمثل كيلا بكيل ، وفي الذهب بالذهب وزناً بوزن وان تفاضلا لم يجز لتحقق الربا ، ولا يجوز بيع الجيد بالرديء مما فيه الربا إلا مثلا بمثل لاهدار التفاوت بالوصف ويجوز بيع الحفنة بالحفنتين ،

الشافعي « رح » لا أنه علل بعلة وقعت فاسدة في مخرجها .

فان قلت الشافعي « رح » استدل بقوله عليه الصلاة والسلام لا تبيعوا الطعام بالطعام قلت قالوا هذا خبر لا يعرفه هو ولا ذكره أحد في كتاب مسند، وإنما المروي الطعام بالطعام مثلا بمثل كيلا بكيل ، وهذا لا يتناول الا ما يكال بعينه كذا في شرح مختصر الكرخي «رح» (إذا ثبت هذا) أي ما ذكرنا أن العلة القدر والجنس عندنا مطعوماً كان أو غيره (فنقول إذا بيع المكيل أو الموزون) أي لو بيع الموزون (بجنسه يداً بيد مثلاً بمثل جاز البيع فيه لوجود شرط الجواز) أي جواز البيع .

(وهو) أي شرط الجواز (المماثلة في المعيار الا ترى) توضيح المماثلة في المعيار ، فـــان قوله كيلاً بكيل بمنزلة التفسير لقوله مثلاً بمثل إذ كلام الشارع يفسر بعضه بعضاً (إلى ما يروى مكان قوله مثلاً بمثل كيلا بكيل) أشار به إلى قوله ذلك قلنا أن قوله كيلاً بكيل بمنزلة التفسير الخ .

(وفي الذهب) أي جاز المبيع أيضاً في الذهب إذا بيع (بالذهب وزناً بوزن) أي من حيث الوزن يعني متســـاويين (وإن تفاضلا لم يجز لتحقق الربا) يفضل أحدهما على الآخر (ولا يجوز بيع الجيد بالرديء مما فيه الربا) أي ما يتحقق فيه من الأشياء الربوية (إلامثلاً بمثل) يعني متماثلين متساويين (لاهدار التفاوت في الوصف) أي لاجل إهدار التفاوت في وصف الجودة والرداء شرعاً وعرفاً (ويجوز بيع الحفنة)هي ملء الكف . قـــال الاترازي « رح » وقال الجوهري الحفنة ملء الكفين من الطعام (بالحفنتين

والتفاحة بالتفاحتين لان المساواة بالمعيار، ولم يوجد فلم يتحقق الفضل، ولهذا كان مضموناً بالقيمة عند الإتلاف، وعند الشافعي «رح» العلة هي الطعم ولا مخلص وهو المساواة فيحرم، وما دون نصف الصاع فهو في حكم الحفنة لانه لا تقدير في الشرع بما دونه ولو تبايعا مكيلا أو موزوناً غير مطعون بجنسه متفاضلا كالجص والحديد لا يجوز عندنا لوجود القدر والجنس، وعنده

والتفـــاحة) أي بيع التفاحة (بالتفاحتين لأن المساواة بالمعيار) يعني المساواة بالكيل شرط (فلم يوجد) لأنه لا كيل في الحفنة والحفنتين (فلم يتحقق الفضل) لأن تحققه مبني على المساواة بالمعيار، فاذا لم يتحقق الفضل فلا يكون ربا واستوضح ذلك بقوله (ولهذا) أي ولاجل أن الحفنة والحفنتين لاتدخل تحت المعيار الشرعي (كان مضموناً بالقيمة عند الاتلاف) إذ لو كان داخلا تحت المعيار كان مضموناً بالمثل عند الاتلاف كما في ســـائر المكيلات والموزونات، لان المكيلات والموزونات كلهـا في ذوات الامثال دون القيم (وعند الشافعي «رح» العلة) أي علة الربا (هي الطعم) فلا يجوز بيع الحفنة بالحفنتين لوجود الطعم (ولا مخلص وهو المساواة فيحرم) .

وفي شرح الطحاوي ولو باع البطيخة ببطيختين أو تفاحة بتفاحتين أو بيضة ببيضتين أو جوزة بجوزتين يجوز عندنا لعدم الكيل، وعنده لا يجوز لوجود الطعم، وكذلك إذا باع حفنة بحفنتين أو حبة بحبة أو تفاحة بتفاحة يجوز عندنا وعنده لا يجوز (وما دون نصف الصـــاع فهو في حكم الحفنة لانه لا تقدير في الشرع بما دونه) أي بما دون نصف الصاع بخلاف النصف لان الشرع ورد بالتقدير فيه كما في صدقة الفطر وغيرها .

وفي المبسوط هذا إذا لم يدخل كل واحد من البدلين تحت النصف، أمـــا إذا بلغ أحدهمـــا النصف والآخر لم يبلغ أو أكثر من النصف حتى لو باع حفنة بقفيز لا يجوز، وفي الأسرار ما دون الحبة من الفضة لا قيمة له (ولو تبايعا مكيلاً أو موزوناً غير مطعون بجنسه متفاضلاً كالبحص والحديد لا يجوز عندنا لوجود القدر والجنس وعنده) أي وعند

يجوز لعدم الطعم والثمنية . قال وإذا عدم الوصفان الجنس والمعنى المضموم إليه حل التفاضل والنساء لعدم العلة المحرمة والاصل فيه الإباحة وإذا وجدا حرم التفاضل والنساء لوجود العلة المحرمة وإذا وجد أحدهما وعدم الآخر حل التفاضل وحرم النساء مثل ان يسلم هروي في هرويان أو حنطة في شعير

الشافعي « رح » (يجوز لعدم الطعم والثمنية) وبه قال مالك « رح » في رواية ولو تبايعا وزناً بوزنين وهو مأكول أومشروب كالدهن ، والزيت والرب والخل لا يجوز إلا وزناً بوزن عند الكل لكن باختلاف التخريج أما عندنا فلوجود الجنس والوزن ، وأما عند الشافعي وأحمد « رح » في رواية لوجود الطعم .

وأما عند مالك « رح » فلوجود الادخار ، لان عنده علة الربا الادخار والاقتيات .

(قال)أي القدوري « رح » (وإذا عدم الوصفان الجنس والمعنى المضموم) المعنى المضموم هو القدر (إليه) أي إلى الجنس كبيع الحنطة بالدراهم والثياب (حل التفاضل والنساء) بفتح النون والمد وهو البيع إلى أجل (لعدم العلة المحرمة) معناه أن علة حرمة الربوا القدر والجنس فلما انعدم لم تثبت الحرمة وحل التفاضل ، والنساء لان الحل هو الاصل لقوله تعالى ﴿ وأحل الله البيع وحرم الربا ﴾ .

فان قيل عدم العلة لا يدل على عدم الحكم قلنا الاصل جواز البيع مطلقا والاباحة ، إلا أن الشرع اعتبر التحريم بوصفه ، فاذا وجد هذا الوصف قلنا بالتحريم وإلا نعمل بالاصل ، وهو معنى قوله (والأصل فيه الاباحة) أي الاصل في البيع الاباحة الا عند اعتبار الشرع التحريم (وإذا وجدا) أي الوصفان (حرم التفاضل والنساء لوجود العلة المحرمة وإذا وجد أحدهما) أي أحد الوصفين (وعدم الآخر حل التفاضل وحرم النساء مثل أن يسلم هرويان في هروي) أي الثوب الهروي .

وفي بعض النسخ هروياً في هروي ، وفيه عدم القدرة الذي هو أحد الوصفين، ويجوز فيه التفاضل بان يباع واحد باثنين ، ولا يجوز أن يباع بالنسيئة (أو حنطة في الشعير)

فحرمة ربا الفضل بالوصفين وحرمة النساء في أحدهما ،
وقال الشافعي والجنس بانفراده لا يحرم النساء لأن بالنقدية وعدمها لا
يثبت إلا شبهة الفضل ، وحقيقة الفضل غير مانع فيه حتى يجوز
بيع الواحد بالاثنين فالشبهة أولى ، ولنا أنه مال الربا من وجه نظرا
إلى القدر والجنس ،

أي أو أسلم حنطة في شعير وفيه عدم الجنس ، فيجوز فيه التفاضل ولا يجوز النساء كما
إذا اسلم أحدهما في الآخر (فحرمة ربا الفضل بالوصفين) القدر والجنس (وحرمة النساء
باحدهما) أي باحد الوصفين .

(وقال الشافعي «رح» والجنس بانفراده لا يحرم النساء لان بالنقدية) أي في جانب
(وعدمها) أي في جانب آخر (لا يثبت إلا شبهة الفضل) لان النسيئة عبارة عن
تأخير المطالبة وهي ليست حقيقة الفضل لان فيها تفاوت المالية حكماً ، والتفاوت في
المالية حقيقة أكثر تأثيراً في التفاوت في المالية حكماً ، ولا أثر له في المنع من جواز العقد
حتى يجوز بيع ثوب بثوبين ، فالتفات حكماً أولى .

كذا قاله تاج الشريعة « رح » ويفهم منه معنى قوله (وحقيقة الفضل غير مانع فيه
حتى يجوز بيع الواحد بالاثنين فالشبهة أولى) أي بأن لا تكون مانعة بيانه على وجه
الإيضاح ، أن حقيقة الفضل غير مانع في الجنس حتى جاز بيع الهروي بالهرويين ، والعبد
بالعبدين والشبهة أولى .

وقال الاكمل « رح » قيل ليس في تخصيص الجنس بالذكر في عدم تحريم النساء زيادة
فائدة فان القدر عنده كذلك ، فانه يجوز اسلام الموزونات في الموزونات كالحديد
والرصاص ، ويمكن أن يقال انما خصه بالذكر لان الحكم وهو حرمة النساء انما لم توجد
عنده في صورة الجنس وأما في صورة القدر فقد توجد ، فإنه لم يجوز بيع الذهب بالفضة نسيئة ،
وكذا بيع الحنطة بالشعير وان كان علة ذلك عنده غير القدر وهو أن التقابض شرط في
الصرف وبيع الطعام عنده (ولنا أنه) أي أن بيع النسيئة (مال الربا من وجه نظراً
إلى القدر) أي إلى القدر وحده كما في الحنطة مع الشعير (أو إلى الجنس) أي أو نظراً

إلى الجنس وحده كالثوب الهروي مع الهروي .

(والنقدية أوجبت فضلاً في المالية فيتحقق شبهة الربا) لان الفضل من حيث النقدية فضل من حيث المعنى والنقد خير من النسيئة فمن الوجه الذي هو مال الربا أظهر الفضل من حيث النقدية في أحدهما ، وذلك شبهة الربا (وهي) أي شبهة الربا (مانعة) عن الجواز (كالحقيقة) قال الاكمل في بحث من وجهين ، احدهما ما قيل ان كونه من مال الربا من وجه شبهة وكون الشبهة أوجبت فضلاً شبهة فصار بشبهة الشبهة ، والشبهة هي المعتبرة دون النازل عنها ، والثاني أن كونها شبهة الربا كالحقيقة إما أن يكون مطلقاً أو في محل الحقيقة ، والاول ممنوع والثاني مسلم لكنها كانت جائزة فيما نحن فيه ، فيجب أن تكون الشبهة كذلك .

والجواب عن الأول أن الشبهة الأولى في المحل والثانية في الحكم ، وثمة شبهة أخرى وهي التي في العلة ، وبشبهة العلة والعمل يثبت شبهة الحكم لا شبهة الشبهة ، وعن الثاني أن القسمة غير حاصرة بل الشبهة مانعة في محل الشبهة كما أن الحقيقة مانعة في محلها إذا وجدت العلة بكمالها .

فان قيل بعض الشراح استدل للشافعي « رح » بما روى عن عبد الله بن عمرو بن العاص « رض » أن رسول الله ﷺ أمر أن يجهز جيشاً فبعدت الابل فأمره أن يأخذ في قلائص الصدقة ، فكان يأخذ البعير بالبعيرين إلى إبل الصدقة ، رواه أبو داود .

واستدل اصحابنا بما رواه أبو داود « رح » أيضاً من حديث الحسن عن سمرة أن النبي ﷺ نهى عن بيع الحيوان نسيئة ، ورواه بقية الاربعة ، وقال الاكمل « رح » فان قيل ما قال المصنف لم يستدل للجانبين بهذه الاحاديث ، ثم قال فالجواب أن جهالة التاريخ وتطرق التأويلات معناه عن ذلك قلت قيل الجواب عن حديث عبد الله بن عمرو بن العاص « رض » أنه كان في دار الحرب وقد أخذ عبد الله من أهل الحرب ولا ربا بينهما عندنا .

وقيل إنه كان قبل تحريم الربا ، وقيل حديث عبد الله بن عمر « رض »

إلا أنه إذا أسلم النقود في الزعفران ونحوه يجوز وإن جمعهما الوزن لأنهما لا يتفقان في صفة الوزن فإن الزعفران يوزن بالامناء وهو مثمن يتعين بالتعيين ،

بطريق ابن إسحاق بطريق بعتته وهو مدلس فلا يحتج به .

ولما أخرج الترمذي « رح » حديث سمرة قال حديث سمرة حسن صحيح وسماع الحسن عن سمرة صحيح ، هكذا قال علي بن المديني وغيره والعمل على هذا عند أكثر أهل العلم من أصحاب النبي ﷺ وغيرهم في بيع الحيوان بالحيوان نسيئة وهو قول سفيان الثوري وأهل الكوفة وبه يقول أحمد « رح » . انتهى كلام الترمذى « رح » وروي عن ابن عباس وجابر وابن عمر في هذا الباب أيضاً فحديث ابن عباس أخرجه الترمذي في كتاب العلل المفرد من حديث عكرمة عن ابن عباس أن النبي ﷺ نهى عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة ، وحديث ابن عمر « رض » رواه الترمذي في العلل نحوه ، وحديث جابر رواه ابن ماجة بلفظ لا بأس بالحيوان واحد باثنين يداً بيد ، وكره نسيئة .

(الا أنه) استثناء من قوله وحرم النساء في قوله فإذا وجد أحدهما وعدم الآخر حل التفاضل وحرم النساء ، الا أن الرجل (إذا سلم النقود في الزعفران ونحوه) كالقطن والحديد (يجوز وان جمعها الوزن) بيانه أن قوله وحرم النساء باطلاقه يتناول أن كل ما يوجد فيه أحد وصفي الربا من الجنس والقدر لا يجوز إلا اسلام أحدهما بالآخر وههنا يجوز اسلام النقود بالزعفران ونحوه مع وجود أحد الوصفين وهو الوزن .

فقال المصنف (لانهما) أي لان النقد والزعفران (لا يتفقان في صفة الوزن ، فان الزعفران يوزن بالامناء) وهو جمع المنى مقصور ، والتثنية منوان ، وقال الجوهري المنى الذي يوزن به (وهو) أي الزعفران (مثمن متعين بالتعيين) ولهذا إذا اشترى الدنانير أو الدراهم موازنة وقبض كان له أن يبيعه موازنة بدون اعادة الوزن .

وفي الزعفران ونحوه يشترط اعادة الوزن اذا اشترى موازنة ثم باع موازنة وهذا اختلاف بينهما حكماً ، فاذا وجد الوزن في كل وجه يحرم النساء لوجود أحد وصفي علة

والنقود توزن بالسنجات وهو ثمن لا يتعين بالتعيين ولو باع بالنقود موازنة وقبضها صح التصرف فيها قبل الوزن وفي الزعفران وأشباهه لا يجوز ، فإذا اختلفا فيه صورة ومعنى وحكماً لم يجمعهما القدر من كل وجه فتنزل الشبهة فيه إلى شبهة الشبهة وهي غير معتبرة ،

الربا لأنه حصل شبهة الربا وإذا وجد الاتفـــاق في الوزن من وجه دون وجه نزلت الشبهة إلى شبهة الشبهة ، والمعتبر هو الشبهة لا شبهة الشبهة (والنقود توزن بالسنجات) بتحريك النون جمع سنجة ، وهو بالفـــارسيـــة سنك ترازو ، وعن هين السكيت لا يقـــال بالسين بل هي بالصـــاد صنجـــات وفي المغرب الصنجات بالتحريك جمع صنجة بالتسكين .

وعن الفراء السين أفصح ، والكر القبني السين أصلاً ، قلت الصواب مع الفراء لا يعرفه إلا من يعرف اللغة الفارسية (وهو) أي النقود على تأويل ما يوزن بالسنجات (ثمن لا يتعين بالتعيين) لأن النقدين لا يتعينان بالتعيين وقد مر غير مرة (ولو باع بالنقود موازنة) أي لو باع الزعفران بالنقود ، وفي بعض النسخ ولو باع النقود موازنة بلا صرف البـــاقي أول النقود .

(وقبضها صح التصرف فيها قبل الوزن وفي الزعفران واشباهه لا يجوز) وقد أوضحنا عن قريب (فإذا اختلفا) أي النقود والزعفران (فيه) أي في الوزن (صورة ومعنى وحكما) هذا على طريق اللف والنشر ، فقوله صورة يرجع إلى قوله يوزن بالامناء ، وقوله معنى يرجع إلى قوله يتعين بالتعيين ، وقوله وحكما يرجع إلى قوله لا يجوز أي التصرف فيها لا يجوز (لم يجمعهما القدر من كل وجه) أي لم يجمع النقود والزعفران القدر وهو الوزن من كل وجه بل من وجه دون وجه ، فاذا كان كذلك (فتنزل الشبهة فيه إلى شبهة الشبهة) فان الموزونين إذا اتفقا كان المنع للشبهة وإذا لم يتفقا كان ذلك شبهة الوزن والوزن وحده شبهة فكان ذلك شبهة فكان ذلك شبهة الشبهة (وهي) أي شبهة الشبهة (غير معتبرة) لان الشبهة هي المعتبرة ، لا يقال لم يخرجا بذلك عن كونهما موزونين فقد جمعهما الوزن

قال وكل شيء نص رسول الله ﷺ على تحريم التفاضل فيه كيلا فهو مكيل أبداً وان ترك الناس الكيل فيه مثل الحنطة والشعير والتمر والملح وكل ما نص على تحريم التفاضل فيه وزنـــاً فهو موزون ابداً وإن ترك الناس الوزن فيه مثل الذهب والفضة لأن النص أقوى من العرف والأقوى لا يترك بالأدنى ، وما لم ينص عليه فهو محمول على عادات الناس لأنها دالة ،

لأن اطلاق اللفظ عليهمـــا حينئذ بالاشتراك اللفظي ليس إلا ، وهو لا يفيد الاتحاد بينهما وصار كأن الوزن لم يجمعهما حقيقة .

وقـــال الاكمل « رح » وفي عبارة المصنف تسامح ،فإنه قال إذا اختلفا صورة ولم يختلفا صورة ولهذا قال شمس الأئمة « ر ح » بل نقول اتفاقهما في الوزن صورة لا معنى وحكماً إلا إذا حمل قوله صورة على أن معناه حقيقة فافهم .

(قال) أي القدوري « رح » (وكل شيء نص رسول الله ﷺ على تحريم التفاضل فيه كيلا فهومكيل أبداً وإن ترك الناس الكيل مثل الحنطة والشعير والتمر والملح)حاصله ان ما كان مكيلا على عهد رسول الله ﷺ لا يغير أبداً عن ذلك بل يعتبر ما كان مكيلا في عهده ، ويشترط فيه التساوي بالكيل ولا يلتفت إلى التساوي في الوزن دون الكيل حتى لو تساوى الحنطة بالحنطة وزناً لا كيلا لم يجز (وكل ما نص) أي رسول الله ﷺ (على تحريم التفاضل فيه وزناً فهو موزون أبداً وان ترك الناس الوزن فيه مثل الذهب والفضة) كذلك يعتبر فيـــه التساوي بالكيل دون الوزن حتى لو تساوى الذهب بالذهب كيلا لا وزناً لم يجـــز ، وكذلك الفضة بالفضة وذلك لأن طاعـــة النبي ﷺ واجبة علينا (لان النص أقوى من العرف) لكون النص حجة على من تعارف على من لم يتعارف ، والمعروف ليس بحجة إلا على من تعارف به (والاقوى لا يترك بالادنى وما لم ينص) من النبي ﷺ (عليه فهو محمول على عـــادات الناس لانها دالة) أي لأن

وعن أبي يوسف « رض » أنه يعتبر العرف على خلاف المنصوص عليه أيضاً لأن النص على ذلك لمكان العادة فكانت هي المنظور اليها وقد تبدلت ، فعلى هذا لو باع الحنطة بجنسها متساوياً وزناً أو الذهب بجنسه متماثلاً كيلاً لا يجوز عندهما ، وإن تعارفوا ذلك لتوهم الفضل على ما هو المعيار فيه كما إذا باع مجازفة ، إلا أنه يجوز الإسلام في الحنطة ونحوها وزناً لوجود الإسلام في معلوم

قال وكل ما ينسب إلى الرطل

العادات دالة على جواز الحكم فيما وقعت عليه العادة لقوله ﷺ ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن ، وقوله ﷺ لا تجتمع أمتي على الضلالة .

(وعن أبي يوسف « رح » انه يعتبر العرف على خلاف المنصوص عليه أيضاً لأن النص على ذلك) أي على الكيل في المكيل والوزن في الموزون في ذلك الوقت إنما كان (لمكان العادة) فيه (فكانت) أي العادة (هي المنظور إليها) في ذلك الوقت (وقد تبدلت) أي تلك العادة فيجب أن يكون الحكم على وفاق ذلك .

(فعلى هذا لو باع الحنطة بجنسها متساوياً وزناً أو الذهب) أي أو باع ذهباً (بجنسه متماثلاً كيلاً لا يجوز عندهما) أي عند أبي حنيفة ومحمد « رح » (وان تعارفوا ذلك) وكلمة أن واصلة بما قبلها ، وعند أبي يوسف « رح » يجوز إذا تعارفوا ذلك (لتوهم الفضل) من دليلهما (على ما هو المعيار فيه كما إذا باع مجازفة إلا أنه يجوز) استثناء من قوله لا يجوز عندهما أي لكن يجوز (الاسلام في الحنطة ونحوها وزناً) على ما اختاره الطحاوي « رح » (لوجود الاسلام في معلوم) فان المماثلة ليست بمعتبرة فيه ، إنما المعتبر هو الاعلام على وجه ينفي المنازعة في التسليم وذلك كما يحصل بالكيل يحصل بذكر الوزن ، وذكر في التتمة أنه ذكر في المجرد عن أصحابنا إنه لا يجوز فكان في المسألة روايتان .

(قال) أي محمد « رح » في الجامع الصغير (وكل ما ينسب إلى الرطل) بكسر الراء

فهو وزني معناه ما يباع بالاواقي لأنها قدرت بطريق الوزن حتى يحتسب ما يباع بها وزناً بخلاف سائر المكاييل ، وإذا كان موزوناً فلو بيع بمكيال لا يعرف وزنه بمكيال مثله لا يجوز

وفتحها قال الجوهري «ر ح» الرطل نصف منى مقصور ، ثم قال هو الذي يوزن به ، وقال في كتاب يوحنا بن سرافيون : الرطل اثنتى عشرة أوقية ، وقال أيضاً الرطل عشرون استاراً والاستـــار ستة دراهم ودانقان ، أو قال أربعة مثاقيل فعلى هذا فيما قيل أن الأوقية أربعون درهماً نظر .

وقال أبو عبيدة وزن الرطل مائة درهم وثمانية وعشرون درهماً وزن سبعة ، وفي المغرب الرطل الذي يوزن به أو يكـــال به (فهو وزني) خبر المبتدأ أعني قوله وكلما دخلت الفاء فيه لتضمنه الشرط قال المصنف « رح » (معناه ما يباع بالاواقي) وكذا قال فخر الدين قاضي خان « رح » .

تفسيره أن ما يباع في الأواقي فهو وزني (لأنها) أي لأن الأواقي (قدرت بطريق الوزن حتى يحتسب ما يبـــاع بها وزن) حتى لو بيع شيئاً منها بجنسه متساوياً كيلاً يجوز لجواز التفضيل في الوزن ، وهذا لأنه يشق وزن الدهن بالأمناء والصبحات لأنه لا يستمسك إلا في وعاء ، وفي وزن كل وعاء نوع خرج فاتخذ الرطل لذلك .

والأواقي جمع أوقية بالتشديد وهي أربعون درهماً وهي أفعولة من الوقاية لأنها تقي صاحبها من الضرر ، وعند الأطباء الأوقية وزن عشرة مثاقيل وخمسة أسباع درهم ، وهو أستار وثلثا أستار .

وفي كتاب العين الأوقية وزن من أوزان الدهن وهي سبعة مثاقيل (بخلاف سائر المكائيل) متصلاً بقوله لأنها قدرت يعني أن سائر المكاييل لم تقدر بالوزن فلا يكون للوزن فيه اعتبار .

وقال تاج الشريعة «رح» قوله بخلاف سائر المكاييل يعني أن هاهنا القدر بالوزن فيجوز البيع بالاوقية ، وإن كانت الأوقية كيلاً لأنها قدرت بالوزن (وإذا كان موزوناً) يعني إذا ثبت أن ماينسب إلى الرطل وزني (فلو بيع بمكيال لا يعرف وزنه بمكيال مثله لايجوز)

لتوهم الفضل في الوزن بمنزلة المجازفة قال وعقد العرف ما وقع على جنس الاثمان يعتبر فيه قبض عوضين في المجلس لقوله عليه السلام الفضة بالفضة هاء وهاء ، معناه يداً بيد ، وسنبين الفقـــه في الصرف إن شاء الله تعالى . قال وما سواه مما فيه الربـا

ولو كان سواء بسواء (لتوهم الفضل في الوزن بمنزلة المجازفة)إنما قيد بقوله لا يعرف وزنه بمكيال مثله لانه إذا عوف وزنه جاز (قال) أي القدوري « رح » في مختصره (وعقد العرف ما وقع على جنس الأثمان) وهي النقود .

وقوله وعقد الصرف كلام إضـافي مبتدأ ، وقوله ما وقع خبره ، وقوله (يعتبر) خبراً بعد خبر أي يجيب (فيه قبض عوضين في المجلس لقوله عليه السلام) أي لقول النبي ﷺ (الفضة بالفضة هاء وهاء) هذا الحديث أخرجه محمد بن الحسن في الأصل عن أبي صـــالح عن أبي سعيد الخدري « رح » قال أشهد أني سمعت رسول الله ﷺ يقول الذهب بالذهب والفضة بالفضة إلا هاء وهاء فمن زاد فقد أربى .

وروى الجماعة في كتبهم عن عمر بن الخطاب « رض » عن النبي ﷺ الذهب بالورق ربا ، والبر بالبر إلا هـــاء وهاء ، والشعير بالشعير ربا إلا هاء وهاء ، والتمر بالتمر ربوا إلا هاء وهاء .

قوله هاء ممدود على وزن هاع ومعناه خذ ، أي كل واحـد من المتعاقدين يقول لصاحبه فيتقابضان ، وفسر المصنف بقوله (معناه يداً بيد) وكذا قال الترمذي « رح » بعد أن روى حديث عمر « رض » معنى قوله إلا هاء وهاء بقوله يداً بيد ، وقـــال تاج الشريعة « رض » قوله يداً بيد أي قبضاً بقبض كهي اليد باليد عنه لكونه آلة القبض ، ويقال يعني يداً بيد عيناً بعين وكذا وقع في حديث مسلم عن عبادة وفيه سواء بسواء وعيناً بعين (وسنبين الفقـــه في الصرف إن شاء الله تعالى) هذه حوالة رائحة تـــأتي في باب الصرف .

(قال) أي القدوري « رح » (وما سواه مما فيه الربا) اي ما سوى عقد الصرف

يعتبر فيه التعيين ولا يعتبر فيه التقابض خلافاً للشافعي « رض » في بيع الطعام بالطعام له قوله عليه السلام في الحديث المعروف يداً بيد ولانه اذا لم يقبض في المجلس يتعاقب القبض ، وللنقد مزية فتتحقق شبهة الربا ولنا أنه مبيع متعين فلا يشترط فيه القبض كالثوب وهذا لان الفائدة المطلوبة إنما هو التمكن من التصرف ويترتب ذلك على التعيين بخلاف الصرف لان القبض فيه يتعين به ومعنى قوله عليه السلام يداً بيد عيناً بعين

مما يجري فيه ربا كالمكيلات والموزونات غير الذهب والفضة (يعتبر فيه التعيين ولا يعتبر فيه التقابض) أي قبل التفرق بالأبدان (خلافاً للشافعي « رض » في بيع الطعام بالطعام) فإن عنده التقابض في المجلس شرط فيه إن اتحد المجلس أو لم يتحد ، كأن باع كر حنطة بكر حنطة أو بثمن فافترقا من غير قبض فإنه لا يجوز عنده ، وبه قال مالك (له) أي للشافعي « رض » (قوله عليه الصلاة والسلام في الحديث المعروف يداً بيد) سواء بسواء (ولأنه إذا لم يقبض في المجلس يتعاقب القبض وللنقد مزية)على غيرها (فيتحقق شبهة الربا) وهي كالحقيقة في باب الربا (ولنا أنه) ان ما سوى عقد الصرف مما يجري فيه الربا (مبيع متعين) وكل ما هو متعين قد تعين بالتعيين (فلا يشرط فيه القبض كالثوب) والعبد والدابة وغيرها (وهذا) أي عدم اشتراط القبض فيما يتعين (لان الفائدة المطلوبة) بالعقد (إنما هو التمكن من التصرف ويترتب ذلك على التعيين) فلايحتاج إلى القبض (بخلاف الصرف) جواب عما يقال لو كان الأمر كما قلتم لما وجب القبض في الصرف فأجاب بقوله بخلاف الصرف حيث يشترط فيه القبض (لأن القبض فيه) أي في الصرف (يتعين به) أي بالقبض لان النقود لا تتعين .

(ومعنى قوله عليه السلام) هذا جواب عن استدلال الخصم .. الحديث ، أي معنى قول النبي ﷺ (يداً بيد عيناً بعين) تقريره أن المعنى إذا كان عيناً بعين يعني معيناً بمعين يدل

على ان المراد منه التعيين ، إلا ان التعيين في الصرف لا يتحقق قبل التقابض فلاجل هذا اشتراط التقابض .

(كذا رواه) أي كذا روي عيناً بعين (عبادة بن الصامت) حاصله ان الروايتين أعني يداً بيد وعيناً بعين كلتاهما وقعتا في حديث عبادة « رض » إلى غير أن رواية عيناً بعين وقعت في رواية مسلم « رض » وقد مضى كما ينبغي ، ثم اشتراط التعيين والتقابض جميعاً المدلول عليهما بالروايتين متفق بالإجماع المركب ، أما عندنا فلان الشرط هو التعيين لا القبض ، وأما عند الشافعي « رض » فبالعكس فحينئذ لا بد من حمل أحدهما على الآخر .

وقوله يداً بيد يحتمل أن يكون المراد به القبض لان اليد آلته ، ويحتمل أن يكون المراد التعيين لأنه يحتمل لأنه إنما يكون بالإشارة باليد .

وقوله عيناً بعين محكم لا يحتمل غيره فيحمل المحتمل على الحكم فإن قيل يلزمكم على هذا العمل بعموم المشترك أو الجمع بين الحقيقة والمجاز لانكم جعلتم يداً بيد بمعنى القبض في الصرف ، وبمعنى التعيين في بيع الطعام قلنا لا نسلم ذلك لأن المراد في كلتا الصورتين التعيين ، إلا أن التعيين في كل موضع يختلف بحسب حاله ففي الدراهم والدنانير والتعيين لا يكون إلا بالقبض إذ هما لا يتعينان في المعقود والفسخ فكان القبض هناك في ضرورة وجوب التعيين .

أما الطعام فما يتعين بالتعيين ثمناً كان أو مثمناً فلم يحتج في تعينه إلى القبض ، فإن قيل يشكل بما إذا باع ابريق فضة بجنسه فإنه يشترط القبض مع أنه يتعين بالتعيين ، قلنا التعيين في الابريق بعارض الصفة فاعتبر فيما يرجع إلى الإحتياط الاصل وهو الثمنية وعدم التعيين ،والشبهة في الربا كالحقيقة فاشترط القبض وفعالها .

وقال الأكمل « رض » واعترض بأن ما ذكرتم إنما هو على طريقتكم في أن الأثمان لا تتعين ، وأما الشافعي « رض » فليس بقائل به فلا يكون ملزماً والجواب أنه ذكره بطريق البادى مهنا لثبوته بالدلائل الملزمة على ما عرف في موضعه ، وقال تاج الشريعة

وتعاقب القبض لا يعتبر تفاوتاً في المـــال عرفاً بخلاف النقد والمؤجـــل ، قال ويجوز بيع البيضة بالبيضتين والتمرة بالتمرتين والجوزة بالجوزتين لانعدام المعيار فلا يتحقق الربا والشافعي « رح » يخالفنا فيـــه لوجود

« رض » فإن قلت روى ايضاً في رواية في حديث عبادة « رض » قبضاً بقبض وهـــذا صريح في الباب قلت هذه رواية شاذة فلا يترك الحديث المشهور، وهو قوله الحنطة بالحنطة، مثلا بمثل عيناً بعين بهذه الرواية .

(وتعاقب القبض) جواب عن قوله إذا لم يقبض في المجلس يتعاقب القبض فأجـاب بقوله وتعاقب القبض بوجهيه أن تعاقب القبض المانع الذي يعد تفاوتاً في المالية وههنـــا ليس كذلك لأن التعاقب ههنا (لا يعتبر تفاوتاً في المال عرفاً) فإن التجار لا يفصلون بين المقبوض وغيره بعد أن يكون حالاً فلا يتحقق فضل أحدهما فيجوز (بخلاف النقد) أي الحال (والمؤجل) فان فيهما التعاقب يعد تفاوتاً لأنهم يفصلون فيهما .

(قـال) أي محمد « ره » في الجامع الصغير (ويجوز بيع البيضة بالبيضتين والتمـرة بالتمرتين والجوزة بالجوزتين) قال الاترازي « رح » إنما كرر هذه المسألة لأنها من مسائل الجامع الصغير وقد علم حكمها قبل ذلك ، وكان القياس أن يذكرها عند قوله ويجوز بيع الحفنة بالحفنتين والتفاحة بالتفاحتين (لانعدام المعيار) وهو الكيل (فلا يتحقق الربا) يعني حكم النص وجوب التساوي بين البدلين فلا يشرع الا في محل قابل له وهذا المحل لا يقبله فلم يشترط التساوي فيه فبقي على الأصل وهو الاباحة .

وقال الإمام التمرتاشي « رح » هذا إذا كان البدلين نقدين ، أما إذا كان كلاهما أو أحدهما نسيئة لا يجوز لأن الجنس بانفراده يحرم النساء ، فإن قيل الجوز والبيض في ضمان المستهلكات مثلين فينبغي أن لا يجوز مع الواحد بالاثنين لشبهه الربا ، قلنا لا مماثلة بينهما حقيقة للتفاوت صغراً وكبراً الا أن الناس اصطلحوا على اهدار التفاوت في حـق ضمان العددان فيعمل ذلك في حقهم دون الربا الذي هو حق الشرع كذا في الذخيرة .

(والشافعي « رح » يخالفنا فيه) أي في بيـع البيضة بالبيضتين ونحوهـــا (لوجود

الطعم على ما مر ، قال ويجوز بيع الفلس بالفلسين بأعيانهما عند أبي حنيفة وأبي يوسف « رح» ، وقال محمد « رح» لا يجوز لان الثمنية ثبت باصطلاح الكل فـــلا تبطل باصطلاحهما وإذا بقيت أثماناً لا تتعين فصار كما إذا كانا بغير أعيانهما ، وكبيع الدرهم بالدرهمين ولهما أن الثمنية في حقهما ثبتت باصطلاحهما إذ لا ولاية للغير عليهما

الطعم على ما مر) من أصله ان علة الربا عنده في المطعومات الطعم ، وفي شرح الطحاوي لو باع بطيخة بطيختين او تفاحة بتفاحتين أو بيضة ببيضتين أو جوزة بجوزتين أو حفنة من الحنطـــة بحفنتين يجوز عندنا لعدم الكيل ، وعند الشافعي « رح » لا يجـــوز لوجود الطعم .

وكذلك إذا باع حفنة بحفنة أو حبة بحبة أو تفاح بتفاحة يجوز عندنا وعنده لا يجوز (قـــال) أي القدوري « رح » (ويجوز بيـع الفلس بالفلسين باعيانها) قيـــد باعيانها احترازاً عما إذا باع بغير عين أحدهما أو كلاهما فإنه لا يجوز بالاتفاق لأن غير المعين ان كان كلا البدلين يلزم بيع الكالىء بالكالىء وان كان أحدهما يلزم النساء . والجنس بانفراده يحرم النساء (عند أبي حنيفة وأبي يوسف « رح ») استحساناً وبه قال الشافعي « رح » في قول (وقال محمد « رح » لا يجوز) وبه قال الشافعي « رح » في وجه (لأن الثمنية) في الفلوس (ثبت باصطلاح الكل) اي كل الناس (فلا تبطل باصطلاحها) لعـــدم ولايتهما على غيرهما (فإذا بقيت أثماناً لا تتعين) بالاتفاق (فصار) حكمه (كما إذا كان بغير أعيانها) حيث لا يجوز بالاتفاق (وكبيع الدرهم بالدرهمين) أي وصار أيضـــاً حكمه كحكم بيـع الدرهم بالدرهمين حيث لا يجوز بالاتفاق .

ولهذا تبين أن الفلوس الرائجة ما دامت رائجة لا تتعين بالتعيين حتى لو قوبلت بخلاف جنسها ، كما إذا اشترى ثوباً بالفلوس معينة فهلكت قبل التسليم لم يبطل العقد كالذهـــب والفضة (ولهما) أي ولأبي حنيفة ولأبي يوسف « رح » (ان الثمنية) في الفلوس (في حقهما تثبت باصطلاحها) لا باصطلاح الناس (إذ لا ولاية للغير عليهما فتبطل) أي الثمنية

فتبطل باصطلاحهما ، وإذا بطلت الثمنية تتعين بالتعيين ولا يعود
وزنياً لبقاء الاصطلاح على العد إذ في نقضه في حق العد فساد العقد
فصار كالجوزة بالجوزتين بخلاف النقود لانها للثمنية خلقة وبخلاف
ما إذا كانا بغير أعيانهما

(باصطلاحهما) يعني إذا ثبتت الثمنية في حقهما باصطلاحهما كان لهما أن ينقضا ذلك الاصطلاح باصطلاح آخر .

(وإذا بطلت الثمنية تتعين بالتعيين) لأنه عاد مثمناً كما كان (ولا يعود وزنياً لبقاء الاصطلاح) أي اصطلاحهما (على العد) تصحيحا لتصرفهما .

وقال الكاكي « رح » قوله ولا يعود وزنياً جواباً لاشكال ذكره في المبسوط فقال فإن قيل تحت هذا الكلام فساد عظيم فانه إذا خرج عن أن يكون ثمناً في حقهما كان هذا صفر لقطعتي صفر وذلك لا يجوز في الوزني مجازفة فلم يكن في ابطال وصف الثمنية تصحيح هذا العقد ، قلنا الاصطلاح في الفلوس كان على صفة الثمنية والعد ، وهما أعرضا في هذه المبالغة عن اعتبار صفة الثمنية وما أعرضا عن اعتبار صفة العد فيها .

وليس من ضرورة خروجهما من أن يكون بينهما في حقهما خروجهما من أن يكون عددياً كالجوز والبيض فإنه عددي وليس بثمني .

ثم أن المصنف استدل على بقاء اصطلاحهما في حق العدد بقوله (إذ في نقضه) أي في نقض الاصطلاح (في حق العد فساد العقد) والحال أنهما قصدا صحة العد ولا صحة إلا إبقاء العد (فصار الجوزة بالجوزتين) هذا بيان لانفكاك العدديه عن الثمنية .

وبيع الجوزة بالجوزتين يجوز لانعدام المعيار فلا ربا فيه (بخلاف النقود) جواب عن قول محمد « رح » كبيع الدرهم بالدرهمين (لأنها) أي لأن النقود (للثمنية خلقة) أي من حيث الخلقة لا من حيث الاصطلاح فلا تبطل الثمنية باصطلاحهما (وبخلاف ما إذا كانا بغير أعيانهما) جواباً عما قال محمد « رح » كما إذا كانا بغير أعيانهما فان ذلك لم يجز .

لانه كالىء بكالىء وقد نهي عنه ، وبخلاف ما إذا كان أحدهما بغير عينه لان الجنس بانفراده يحرم النساء ، قال ولا يجوز بيع الحنطة بالدقيق ولا بالسويق

(لأنه كالىء بكالىء) أي لأن هذا العقد نسيئة بنسيئة وهو منهي عنه ، وهو معنى قوله (وقد نهى النبي ﷺ عنه) ، هذا رواه ابن أبي شيبة واسحاق بن راهويه والبزار « رح » في مسانيدهم من حيث موسى بن عبيدة عن عبد الله بن دينار عن ابن عمر « رح » قال : نهى رسول الله ﷺ أن يباع كالىء بكالىء يعني دبناً بدين .

ورواه ابن عدي في الكامل وأعله بموسى بن عبيدة ونقل تضعيفه عن أحمد «رح» قال قيل لأحمد ان شعبة يروي عنه قالوا لو رأى شعبة ما رأينا منه لم يرو عنه وقال ابن عدي والضعف على حديثه بينٌ ورواه .

ورواه أبو عبيدة في كتاب غريب الحديث عن زيد بن الحباب عن موسى بن عبيدة إلى آخره نحوه ، وقال أبو عبيدة هو النسيئة بالنسيئة ، وقال في الفائق كلا الدين كلواً فهو كالىء إذا تأخر ، وذكره الجواهري « رح » في المهموز وقال وكان الأصمعي يهمزه وينشد:
وإذا تباشرك الهموم فانها كال وناجز أي منها ما هو نسيئة ومنها ما هو نقد .

وقال أبو عبيدة تكلأت أي استنسأت نسيئة وكذلك استكلأت بالضم وهو من التأخير ، وقال أبو زيد « رح » كلأت الطعام تكليأ أو كلأت أكلأتها إذا أسلفت فيه وما أعطيت في الطعام نسيئة من الدراهم فهو الكلاءة بالضم (وبخلاف ما إذا كان أحدهما بغير عينه) هذا جواب عما إذا كان أحدهما غير عين (لأن الجنس بانفراده يحرم النساء) .

واعلم أن بيع الفلس بجنسه متفاضلا على أربعة أوجه ، بيع فلس بغير عينه بفلسين بغير أعيانهما ، وبيع فلس بعينه بفلسين بغير أعيانهما ، وبيع فلس بغير عينه بفلسين بأعيانهما ، وبيع فلس بعينه بفلسين بأعيانهما والكل فاسد سوى الوجه الرابع ففيه الخلاف المذكور .

(قال) أي القدوري « رح » (ولا يجوز بيع الحنطة بالدقيق ولا بالسويق) لا

لان المجانسة باقية من وجه لانهما من أجزاء الحنطة والمعيار فيها الكيل لكن الكيل غير مسوى بينهما وبين الحنطة لاكتنازهما فيه وتخلخل حبات الحنطة فلا يجوز وإن كان كيلاً بكيل ، ويجوز بيع الدقيق بالدقيق متساوياً كيلاً

متساوياً ولا متفاضلا ولا بالكيل ولا بغيره ، وقال الشافعي « رح » وأحمد « رح » في رواية وهو قول الثوري أيضاً ، ونقل عن الشافعي وأحمد « رح » في رواية أنه يجوز بيع الحنطة بالدقيق متساوياً ، وبه قال مالك وأحمد « رح » في أظهر القولين ، إلا أن مالك يعتبر الكيل ، وأحمد «رح» يجوز بالوزن فقالا الدقيق نفس الحنطة إلا أن أجزاءها قد تفرقت فأشبه بيع حنطة صغيرة الحبات بحنطة كبيرة الحبات .

وكذا الخلاف في بيع الحنطة بالنخالة (لأن المجانسة باقية من وجه) لأن بالطحن لم يوجد لا تفريق الأجزاء (لأنهما) أي لأن الدقيق والسويق (من أجزاء الحنطة والمعيار فيهما الكيل لكن الكيل غير مسوى بينهما) أي لكن بين الدقيق والسويق (وبين الحنطة لاكتنازهما) أي لاجتماعهما (فيه) أي في الكيل (وتخلخل حبات الحنطة) يقال أجزاؤه متخلخلة أي في خلالها فرج فإذا كان كذلك صار كالمجازفة في احتمال الربا (فلا يجوز وان كان كيلا بكيل) لعدم إشارة لأنه من جنسه من وجه وإن خص باسم الحر .

وفي المبسوط لا يعرف التساوي بين الدقيق والحنطة فإن الدقيق لا يصير حنطة ولكن الحنطة تطحن ، ولا بد وان بعد الطحن متساويان في المكيال أم لا فلا يجوز بيع أحدهما بالآخر .

فإن قيل ينبغي أن يجوز بيع الحنطة بالسويق لعدم الاكتناز في السويق قلنا الحرمة باعتبار الشبهة وهي كافية لثبوت الحرمة فإن السويق في ضمن الحنطة فيتحقق شبهة الجنسية كما لا يجوز بيع المقلية بغير المقلية (ويجوز بيع الدقيق بالدقيق متساوياً كيلا) متساوياً نصب على الحال وكيلا نصب على التمييز أي حال كونه متساوياً من حيث الكيل.

لتحقق الشرط وبيع الدقيق بالسويق لا يجوز عند أبي حنيفة « رح »
متفاضلاً ولا متساوياً ، لانه لا يجوز بيع الدقيق بالمقلية ، ولا بيع
السويق بالحنطة ، فكذا بيع أجزائهما لقيام المجانسة من وجه ،
وعندهما يجوز ، لانهما

وقال الكاكي « رح » متساوياً حال ، وكذا كيلاً حال والعامل في متساوياً بيع وفي كيلاً لفظ متساوياً ، وقال الأكمل « رح » قيل متساوياً وكيلا حالان متداخلان لأن العامل في الأول بيع وفي الثاني متساوياً ، هذا نقله من كلام الكاكي « رح » ، ثم قال ويجوز أن يكونا مترادفين قلت الصواب هو الذي قلته لأن من شرط الحال أن يكون من المشتقات ، وكيلا اسم غير مشتق لأن المراد به هي الآلة التي يكتال بها لا الكيل الذي هو مصدر كال يكيل كيلا .

ولئن سلمنا بوقوع الحال من غير المشتقات لكن حينئذ يؤول بالمشتق وههنا كيف يؤول فلا يتأتى من لفظه .

(لتحقق الشرط) وهو المساواة في الكيل فيما هو مكيل ، والكيل معيار شرعي في المكيل . وعن الإمام الفضلى أنه يجوز إذا تساويا كيلا إذا كانا مكبوسين ، وفي الدقيق بالدقيق وزناً روايتان . وفي الشامل والدقيق بالدقيق ، والمقلي بالمقلي في رواية يجوز متساوياً ، والمقلي بغير المقلي لايجوز لانعدام التساوي بينهما . وفي شرح الأقطع يجوز بيع الدقيق بالدقيق إذا كانا على صفة واحدة من النعومة . وفي خلاصة الفتاوى سواء كان أحدهما أحسن أو أدق ، وكذا بيع النخالة بالنخالة .

(وبيع الدقيق بالسويق لا يجوز عند ابي حنيفة متفاضلا ولا متساوياً ، لأنه لا يجوز بيع الدقيق بالمقلية ولا بيع السويق بالحنطة ، فكذا بيع أجزائها) أي أجزاء المقلية وهي السويق وأجزاء الحنطة وهي الدقيق (لقيام المجانسة من وجه) لأن السويق أجزاء حنطة مقلية . وبقول أبي حنيفة « رح » قال الشافعي .

(وعندهما) أي عند أبي يوسف ومحمد (يجوز لأنهما) أي لأن دقيق الحنطة

جنسان مختلفان لاختلاف المقصود. قلنـــا معظم المقصود وهو التغذي يشملهما، ولا يبالي بفوات البعض كالمقلية مع غير المقلية والعلكة المسوسة

وسويقها (جنسان مختلفان) لاختلافهما في الإسم والهيئة والمعنى (لاختلاف المقصود) لأن المقصود من الدقيق اتحاد الخبز والعصائد، ولا يحصل شيء من ذلك السويق، بل المقصود منه إن بلت بالسمن أو العسل، أو يشرب بالماء وكان التفاوت بينهما أظهر من التفاوت بين الهروي والمروي.

وأشار إلى الجواب عن هـذا بقوله (قلنا معظم المقصود وهو التغذي يشملهما) أي يشمل الدقيق والسويق. فقوله معظم المقصود مبتدأ، وقوله يشملهما خبره. وقوله وهو التغذي جملة معترضة بينهما (ولا يبالي بفوات البعض) أي بعض المقصود (كالمقلية مع غير المقلية) يعني لا يجوز لأنهما اعتبرا جنساً واحــداً وإن فات بعض المقاصد، لأن معظم المقاصد باق، والمقلية المشوية من قلى يقلي إذا شوى، وقد طعنوا على محمد «رح» في هذا اللفظ، لأنه لا يقال إلا مقلوه والمقلية المبعضة، وطعنهم عليه خطأ، لأن محمداً كان من الفصحاء في اللغة، وهذا اللفظ جاء جائياً وجاءوا، يقال قليت السويق واللحم فهي مقلي وقلوت فهو مقلو لغة، كذا قال الجوهري غاية مافي الباب أن محمداً ذكر الياء لأنه كان هذا المعروف عندهم.

(والعلكة بالمسوسة) يعني لا يجوز أيضاً، والحنطة العلكة بفتح العين المهملة وكسر اللام الجيدة. وقال ابن دريد طعام علك تبين المضغة وهي التي تكون كالعلك من صلابتها بتمددمن غير انقطاع، والحنطة المسوسة المدودة يقال سوس الطعام إذا دود من السوس، وهو الذي يقع في الصوف والثياب والطعام، يقال حنطة مسوسة بكسر الواو والمشددة. وفي الكافي بيع الحنطة المقلية بغير المقلية لايصح في الأصح لعدم التساوي بينهما لاكتناز أحــدهما وتخلخل الآخر، وبيع العلكة بالمسوسة يجوز لوجود تساوى بينهما. وفي الذخيرة بيع المقلية بالمقلية يجوز متساوياً للمجانسة بينهما في كل ذمة، ولكن ذكـــر في المبسوط أنه لايجوز والله أعلم بصحته.

قال ويجوز بيع اللحم بالحيوان عند أبي حنيفة « ر ح » وأبي يوسف. وقال محمد « ر ح » إذا باعه بلحم من جنسه لا يجوز إلا إذا كان اللحم المفرز أكثر ليكون اللحم بمقابلة ما فيه من اللحم، والباقي بمقابلة السقط إذ لو لم يكن كذلك يتحقق الربا من حيث زيادة السقط أو من حيث زيادة اللحم، فصار كالخل بالسمسم. ولهما أنه باع الموزون بما ليس بموزون، لان الحيوان لا يوزن عادة، ولا يمكن معرفة ثقله بالوزن، لانه

(ويجوز بيع اللحم بالحيوان عند أبي حنيفة وأبي يوسف) قال المزني وقال الشافعي ومالك وأحمد لايجوز بيع اللحم بالحيوان لابطريق الاعتبار ولا بغيره (وقال محمد « رح » إذا باعه) أي إذا باع اللحم (بلحم من جنسه لا يجوز) قيد به لأنه إذا باع اللحم بلحم من غير جنسه كما إذا باع لحم البقر بلحم الشاة، فإنه يجوز بالإجماع من غير اعتبار القلة والكثرة.

(إلا إذا كان اللحم المفرز أكثر) أي اللحم الخالص الصافي أكثر من اللحم الذي في الشاة (ليكون اللحم) الذي هو المفرز (بمقابلة ما فيه) أي في الحيوان (من اللحم والباقي بمقابلة السقط) بفتح السين والقاف، وهو مالا ينطلق عليه اسم اللحم كالجلد والكرش والإمعاء والطحال (إذ لو لم يكن كذلك) أي وإن لم يكن اللحم المفرز أكثر (يتحقق الربا من حيث زيادة السقط) هذا على تقدير أن يكون اللحم الخالص أقل (أو من حيث زيادة اللحم، وصار كالخل) بفتح الخاء المهملة وتشديد اللام، وهو من السمسم فلا يجوز بيعه (بالسمسم) بالاتفاق إذا كان الخل اكثر من الدهن الذي في السمسم.

(ولهما) أي لأبي حنيفة وابي يوسف « رح » (أنه) أي أن البائع (باع الموزون) وهو اللحم (بماليس بموزون) وهو الشاة، فصح كبيع السيف بالحديد (لأن الحيوان لا يوزن عادة) لأن الموزون حقيقة مايمكن معرفة مقدار ثقله بالوزن، وهذا لايتحقق في لحم الشاة الحية، وهو معنى قوله (ولا يمكن معرفة ثقله بالوزن، لأنه) أي لأن الحيوان

يخفف نفسه مرة ، ويثقل أخرى ، بخلاف تلك المسألة ،لان الوزن في الحال يعرف قدر الرهن إذا ميز بينه وبين الثجير ويوزن الثجير .

قال ويجوز بيع الرطب بالتمر مثلاً بمثل عند أبي حنيفة « ر ح » .

وقالا لا يجوز لقولـه عليه السلام حين سئل عنـه أو ينقص إذا جف فقيل نعم ، فقال عليه السلام لا إذاً .

(يخفف نفسه مـرة ويثقل أخرى) باختصاصه بضرب قوة فيه ، فلا يدرى أن الشاة خففت نفسها أو أثقلت .

(بخلاف تلك المسألة) أشاربه إلى مسألة الحل بالسمسم (لأن الوزن في الحال يعرف قدر الرهن إذا ميزبينه وبين الثجير) بفتح الثاء المثلثة و كسر الجيم وسكون الياء آخـر الحروف وبالراء ، وهو تفل كل مـا يعصر ، كـذا في المجمل (ويوزن الثجير) فيقـع التمييز بينه وبين الدهن .

(قال) أي القدوري في مختصره (ويجوز بيـع الرطب بالتمر مثلاً بمثل عند أبي حنيفة) تفرد به أبو حنيفة بالقول بالجواز ، لأن الباقين من أهل العلم لايجوزون ، وفيهم أبو يوسف ومحمد ، وأشار إليه بقوله (وقالا لايجوز) وأجمعوا على أن بيـع الرطب بالتمر متفاضلاً لايجوز (لقوله عليه الصلاة والسلام) أي لقول النبي ﷺ (حين سئل عنه) أي عن بيـع الرطب بالتمر (أو ينقص إذا جف ، فقيل نعم ، فقال عليه الصلاة والسلام لا إذاً) هذا رواه مالك في الموطأ والأئمة الأربعة في سننهم عن زيد بن أبي عياش عن سعد ابن ابي وقاص رضي الله عنه قال سمعت رسول الله ﷺ يسأل عن اشتراء التمر بالرطب ، فقال رسول الله ﷺ اينقص الرطب إذا يبس ، فقالوا نعم ، فنهاه رسول الله ﷺ عن ذلك .

فإن قلت قال الخطابي « رح » وقد تكلم بعض الناس إسناد هذا الحديث ، وقال زيد أبو عياش « رح » مجهول . قلت ليس كذلك ، فإن أبا عياش هذا مولى لبني زهرة معروف ، وقد ذكره مالك « رح » في الموطأ . وأخرج حديثه مع شدة تحزبه في الرجال ونقـده

وله أن الرطب تمر لقوله عليه السلام حين أهدى إليه رطباً أو كل تمر خيبر ، هكذا سماه تمراً ، وبيع التمر بمثله جائز لما روينا ، ولانه لو كان تمراً جاز البيع بأول الحديث . وإن كان غير تمر فبآخره ، وقوله عليه السلام وإذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم ،

وتتبعه لأحوالهم ، ولما أخرجه الترمذي قال حديث حسن صحيح ،ورواه أحمد فيمسنده وابن حبان « رح » في صحيحه والحاكم في مستدركه ، ولفظهم أن النبي ﷺ سئل عن بيع الرطب بالتمر ، فقال أينقص الرطب إذا جف ، قيل نعم ، قال فلا إذن . وقال الحاكم هذا حديث صحيح لإجماع أئمة النقل على إمامة مالك بن أنس ، وأنه محكم لكل مايريدونه .

(وله) أي ولأبي حنيفة (أن الرطب تمر لقوله عليه الصلاة والسلام) أي لقول النبي ﷺ (حين أهدى إليه رطباً أو كل تمر خيبر ، هكذ اسماه تمراً) أي سمى النبي ﷺ الرطب تمراً ، قلت هذا الحديث رواه البخاري عن أبي هريرة وابي سعيد الخدري رضي الله عنهما في أربعة مواضع من صحيحه وليس فيها ذكر الرطب ، لأن لفظه أن النبي ﷺ بعث أخا بني عدي الأنصاري فاستعمله على خيبر فقدم بتمر خيبر فقال رسول الله ﷺ اكل تمر خيبر هكذا ، قال لا والله يارسول الله ... الحديث ، ولأجل ذلك قال الأترازي حين ذكر الحديث على مافي الكتاب فيه نظر ، لأن الهدية كانت تمراً ، والسفناقي والكاكي والاكمل « رح » لم يحرروا ، هذا الذي نقلوه مثل مافي الكتاب ، والآفة في ذلك عدم مراجعتهم إلى كتب الحديث .

(وبيع التمر بمثله جائز لما روينا) وهو قوله عليه الصلاة والسلام التمر بالتمر مثل بمثل ، وقد مضى في حديث عبادة بن الصامت « رح » وغيره (ولأنه) اي لأن الرطب (لو كان تمراً جاز البيع بأول الحديث) يعني الحديث الذي مضى ، فإن في أوله التمر بالتمر (وإن كان) أي الرطب (غير تمر فبآخره) أي فبآخر الحديث (وهو قوله عليه الصلاة والسلام) أي قول النبي ﷺ (إذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم) قد ذكرنا في

ومدار ما روياه على زيد بن عياش «رح» وهو ضعيف عند النقلة .

أوائل البيوع أن هـــذا الحديث بهذا اللفظ غريب ، ولكن روى مسلم والأربعة حديث عبادة بن الصامت « رض » ، وفي آخره وإذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم إذا كان يداً بيد .

(ومدار ماروياه) هذا جواب من جهة أبي حنيفة « رح » عن الحديث الذي احتجابه ، وهو حديث سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه المذكور ، أي مدار مارواه أبي يوسف ومحمد « رح » من حديث سعد (على زيد بن عياش « رح » وهو ضعيف عند النقلة) أي نقلة الحديث ، وهذا ليس بصحيح ، بل هو ثقة عند النقلة ومضى الكلام فيه عن قريب وقـــال الأترازي ونقلوا الضعيف عن أبي حنيفة « رح » ولكن لم يصح ضعفه في كتب الحديث ، فمن ادعى فعليه البيان ، وقال الكاكي « رح » وفي المبسوط دخل أبوحنيفة بغداد فسئل عن هذه المسألة وكانوا أشداء عليه لمخالفته الخبر ، فقال الرطب لا يخلو إما أن يكون تمراً أو لا إلى آخره ، فأوردوا عليه حديث سعد « رح » فقال مداره على زيد ابن عياش ، وهو ممن لايقبل حديثه ، واستحسن أهـل الحديث منه هذا الطعن ، حتى قال ابن المبارك « رح » كيف يقال أبو حنيفه « رح » لايعرف الحديث ، وهو يقول زيد ابن عياش ممن لا يقبل حديثه .

وقال الاكمل رحمه الله سلمنا فوته في الحديث يعني قوة زيد بن عياش ، لكنه خبرواحد لايعارض به المشهور ، ثم قال واعترض بأن الترديد المذكور يقتضي أن بيع المقلية بغير المقلية جائز ، لأن المقلية إما أن تكون حنطة فيجوز بأول الحديث أولا تكون ، فيجوز بآجره فمنهم من قال ذلك كلام حسن في المناط ولدفع حجة بخصم ، والحجة لاتتم ، بل بينا من إطلاق اسم التمر عليه ، فقد ثبت ان التمر اسم لثمرة خارجة من النخل من حيث تنعقد صورتها إلى أن يدرك ، والرطب اسم لنوع منه كالبرني وغيره .

وقال الأترازي « رح » قوله ومدار ماروياه على زيد بن عياش والمذكـور في كتب الحـديث زيد ابو عياش قلت وهم فيه وظن ان ذكر المصنف بأنه ابن عياش غير صحيح وليس كذلك ، بل هو ابن عياش « رح » وكنيته أبو عياش ، وكذلك وهم فيه الشيخ علاء

قال وكذلك العنب بالزبيب يعني على هذا الخلاف والوجه فيه ما بيناه وقيل لا يجوز بالاتفاق اعتباراً بالحنطة المقلية بغير المقلية . والرطب بالرطب يجوز متماثلاً كيلاً عندنا ، لأنه بيع التمر بالتمر ،

الدين التركماني «رح» هكذا . وقال صاحب التنقيح زيـــد بن عياش أبو عياش الزرقي ، ويقال المخزومي ، ويقال مولى بنى زهرة المدني ليس به بابنهم .

(وقال وكذلك بيع الزبيب بالعنب) أي كذا الحكم في بيع الزبيب بالعنب وأكثر النسخ ، وكـذلك العنب بالزبيب (يعني على هذا الخلاف) فعند أبي حنيفة « رح » يجوز إدا تساويا كيلا ، وعندهما لا يجوز تساويا أو تفاضلا كما قالا في الرطب بالتمر (والوجـه فيه) أي في بيع العنب بالزبيب (مابيناه) في بيع الرطب بالتمر ، وهو أن الزبيب مع العنب إن كان جنساً واحداً جاز بيع أحدهما بالآخر متماثلا كيلا ، وإن كانا جنسين جاز أيضاً لقوله عليه الصلاة والسلام . وإذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم بعد أن يكون يداً بيد .

(وقيل لايجوز بالاتفاق اعتباراً بالحنطة المقلية بغير المقلية) هذه الرواية تقوي قول من قال الحجة إنما تتم بإطلاق اسم التمر عليه ، فإن النص لـــا أورد بإطلاق التمر على الرطب جعلا نوعاً واحداً فجاز البيع مثلا بمثل ، ولم يرد بإطلاق اسم العنب على الزبيب فاعتبر فيه التفاوت الصنفي المفسد ، كما في المقلية بغيرها .

(والرطب بالرطب) أي بيع الرطب بالرطب (يجوز متماثلا كيلا) أي من حيث الكيل (عندنا) وبه قال مالك وأحمد والمزني ، وفي حلية المؤمن وهو الاختيار (لأنه بيع التمر بالتمر) وقال الشافعي رضي الله عنه لايجوز ، وكذا الخلاق في بيع العنب بالعنب ، وكذا في كل ثمرة عنه لها حالة جفاف كالتين والمشمش والخوخ والكمثرى والرمان والحامض والإجاص لايجوز بيع رطبه برطبه ، كما لايجوز بيع رطبه بيابسه ، لأنه لايعرف قدر النقصان بينهما . وقد يكون الناقص من أحدهما أكثر من الآخر ، كذا في شرح جامع الوجيز ، وكذا لايجوز عنده بيع الباقل الأخضر بمثله .

وكـــذا بيـع الحنطة الرطبة والمبلولة بمثلها أو اليابسة أو التمر أو الزبيب المنقع بالمنقع منهما متماثلاً عند أبي حنيفة « رح » وأبي يوسف « رح » . وقال محمد « رح » لا يجوز جميع ذلك ، لأنه يعتبر المساواة في أعدل الأحوال وهو المال .

(وكذا بيع الحنطة الرطبة أو المبلولة بمثلها أو باليابسة) أي أو بيع الحنطة الرطبة باليابسة (أو التمر) أي أو بيــع التمر (أو الزبيب) أي أو بيع الزبيب (منقع) بضم الميم وسكون النون وفتح القاف من أنقع الزبيب إذا ألقي في الخابية ليبتل ويخرج منه الحلاوة . قال الأترازي كذا قالوا بفتح القاف مخففاً ، ولكن المشهور بين الفقهاء منقع بالتشديــد وعليه بيت المنظومة في باب محمد « رح » . قلت الأصل اثبات التشديد في اللغة ، ولم يثبت إلا من باب الأفعال ، فقال الجوهري ونقعت الدواء وغيره في الماء فهو منقـع ونقع لماينقع نقوعاً اجتمع . وقال ابن الأثير وفي حديث الكريم يتخذونه زبيب فينقعونه ، أي يخلطونه بالماء ليصير شراباً ، وكل ما ألقي في ماء فقد أنقع ، يقال انقعت الدواء وغيره في الماء منقع والنقوع بالفتح ماينقع في الماء من الليل ليشرب نهاراً وبالعكس . والنقيـع شراب يتخذ من زبيب أو غيره ينقع في الماء من غير طبخ (بالمنقع) أي بالزبيب والتمر المنقع وغير المنقع ، أي وبيـع غير المنقع (منهما متماثلاً) **أي من التمر والزبيب (عند أبي حنيفة وأبي يوسف « رح »)** .

(وقال محمد « رح » لايجوز في جميـع ذلك) وبه قال الشافعي رحمه الله وقال الإمام الحلواني أن الرواية محفوظـة عن محمد أن بيـع الحنطة اليابسة بالمبلولة إنما لا يجوز إذا ابتلت الحنطة وانتفخت ، أما إذا لم تنتفخ بعد ذلـك ، لكن ثبت من ساعته يجوز إذا تساويا كيلاً ، كذا في المحيط والذخيرة . وفي المبسوط وذكر في بعض النسخ أبي حفص قوله أبي يوسف «رح» كقول أبي حنيفة «رح» ، وهو قوله الأخير أما قوله الأول كقول محمد (لأنه) أي لأن محمداً (يعتبر المساواة في أعدل الأحوال وهو المال) وهو حالة الجفاف كما ذهب إليه في بيـع الرطب بالتمر بحديث سعد ، إلا أن بيـع الرطب بالرطب اعتبر المساواة في الحال .

وأبو حنيفة « رح » يعتبر في الحال ، وكذا أبو يوسف « رح » عملاً بإطلاق الحديث ، إلا أنه ترك هذا الأصل في بيع الرطب بالتمر لما روينا لهما ووجه الفرق لمحمد بين هذه الفصول و بين الرطب بالرطب أن التفاوت فيها يظهر مع بقاء البدلين على الاسم الذي عقد عليه العقد ، وفي الرطب بالتمر مع بقاء أحدهما على ذلك ، فيكون تفاوتاً في عين المعقود عليه ، وفي الرطب بالرطب التفاوت بعد زوال ذلك الإسم فلم يكن تفاوتاً في المعقود عليه ، فلا يعتبر .

(وأبو حنيفة يعتبر) أي يعتبر أعدل الأحوال (في الحال) عملا بإطلاق الحديث المشهور ، وهو الحديث الذي اعتبر فيه المماثلة حالة المبيع ، وهو حديث عبادة وغيره (وكذا أبو يوسف) أي وكذا يعتبر أبو يوسف أعدل الأحوال في الحال (عملاً بإطلاق الحديث) يرجع إلى قول أبي حنيفة وأبي يوسف « رح » جميعاً (إلا انه ترك هذا الأصل في بيع الرطب بالتمر لما روينا لهما) أي لأبي يوسف ومحمد « رح » من بيان دليلهما ، وأراد به قوله عليه الصلاة والسلام أينقص إذا جف إلى آخر الحديث ، وهو حديث سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه فبقي الباقي على القياس والمخصوص من القياس بالأثر لايلحق به إلا ما كان في معناه والحنطة الرطبة ليس في معنى الرطب من كل وجه ، فالرطوبة في الرطوبة مقصودة ، وفي الحنطة غير مقصود ، بل هو عيب ، فلهذا أخذ بالقياس .

(ووجه الفرق لمحمد بين هذه الفصول) أراد بها بيع الحنطة الرطبة أو المبلولة ... إلى آخره (وبين الرطب بالرطب أن التفاوت فيها) أي في هذه الفصول (يظهر) في المال (مع بقاء البدلين على الإسم الذي عقد عليه العقد) أراد به بقاء اسم الحنطة والزبيب والتمر بعد الجفاف ، فوجد التغيير في المعقود عليه فلا يجوز (وفي الرطب بالتمر مع بقاء أحدهما) أي أحد البدلين (على ذلك) أي على اسم التمر (فيكون تفاوتاً في عين المعقود عليه) فيكون مفسداً للعقد (وفي الرطب بالرطب التفاوت بعد زوال ذلك الإسم) أي اسم الرطب على البدلين (فلم يكن تفاوتاً في المعقود عليه فلا يعتبر) فيصح العقد .

ولو باع البسر بالتمر متفاضلا لا يجوز ، لأن البسر تمر بخلاف الكفرى حيث يجوز بيعه بما شاء من التمر إثنان بواحد ، لأنه ليس بتمر ، فإن هذا الإسم له من أول ما تنعقد صورته لا قبله، والكفرى عددي متفاوت حتى لو باع التمر به نسيئة لا يجوز للجهالة . قال ولا يجوز بيع الزيتون بالزيت والسمسم بالشيرج حتى يكون الزيت والشيرج أكثر مما في الزيتون والسمسم ، فيكون

(ولو باع البسر بالتمر متفاضلاً) ومتماثلاً (لايجوز لأن البسر تمر) لأن التمر اسم لثمرة النخل من أول ماينعقد ، صورتها وبيعه به متساوياً من حيث الكيل يداً بيد جاز بالإجماع (بخلاف الكفرى ، حيث يجوز بيعه بماشاء من التمر اثنان بواحد) أي الكيلان من التمر بكيل من الكفرى وبالعكس يداً بيد . الكفرى بضم الكاف وفتح الفاء وتشديد الراء مقصور ، وهو اسم نوع من الطلع.وفي المغرب هو كم النخل أول مايشق (لأنه) أي لأن الكفرى (ليس بتمر ، فإن هذا الإسم له) أى التمر (من أول ما ينعقد صورته) يعني التمر اسم لمايخرج من النخل من حين ينعقد، صورته إلى أن يدرك (لاقبله)أي لا قبل الكفرى ، لأنه يسبق ، واشتقاقه من الكفر وهو الستر ، سمي به لأنه يستر ما في جوفه من التمر ، ويسمى كافراً وكفراً أيضاً .

(والكفرى عددي متفاوت) فهذا جواب إشكال يرد على قوله أنه ليس بتمر فإنه إذا لم يكن تمراً ينبغي أن يجوز اسلام التمر في الكفرى . فأجاب بقوله والكفرى عددي متفاوت في الصغر والكبر ، فلا يجوز ثم أوضح ذلك بقوله (حتى لو باع التمر به) أي الكفرى (نسيئة) أي إلى أجل(لايجوز للجهالة) لتفاوت آحاده، لأنه عددي متفاوت.

(قال) أي القدوري في مختصره (ولا يجوز بيع الزيتون بالزيت والسمسم) وبيع السمسم (بالشيرج حتى يكون الزيت) في بيع الزيتون به(والشيرج)أي ويكون الشيرج في بيع السمسم به (أكثر مما يكون في الزيتون) في بيعه بالزيت (والسمسم) في بيعه بالشيرج (فيكون الدهن بمثله) أي بمثل الدهن ، بيانه أن الدهن الخالص إذا

الدهن بمثله والزيادة بالثجير ، لأن عند ذلك يعرى عن الربا إذ ما فيه من الدهن موزون ، وهذا لأن ما فيه لو كان أكثر ومساوياً له ،

كان أكثره من الدهن الخالص بمقابلة الثجير ، وهو النقل (والزيادة بالثجير ، لأن عند ذلك) أي عند مقابلة الدهن بالدهن ، ومقابلة الزائد بالثجير (يعرى) أى العقد (عن الربا إذ مافيه من الدهن موزون) .

قال تاج الشريعة فإن قلت ينبغي أن يجوزبيع الدهن بالسمسم كيفما كان ، لأن السمسم كيلي ، والدهن وزني ، قلت السمسم اشتمل على الدهن وهو المقصود منه ، وأنه وزني ، والتمييز ممكن ، فاعتبر الدهن الذي فيه احتياطاً .

فإن قلت لما كان المقصود هو الدهن ينبغي أن يجوز بيع السمسم بالسمسم متفاضلاً ، وينصرف الكثير إلى الدهن تصحيحاً للعقد . قلت السمسم له صورة يقصد إليها ، ومعنى وهو الدهن ، فإذا بيع بجنسه تعتبر الصورة فوجبت التسوية إذا بيع بالدهن يعتبر المعنى ، فيجب التسوية بين الدهن المقر فيه ، وبين الذي في السمسم عملاً بالشبهين .وفي فتاوى قاضي خان إنما يشترط أن يكون الخالص أكثر من الثفل في البدل الآخر شيء له قيمته ، أما إذا كان شيء لا قيمة له كما في الزبد يجوز بالمثل يروى ذلك عن أبي حنيفة « رح ».

وقال زفر يجوز الزيتون بالزيت والسمسم بالشيرج مع الجهالة بأنه أكثر منه أو أقل متساوياً . وقال الشافعي رضي الله عنه لايجوز بيع الزيتون بالزيت والسمسم بالشيرج أصلاً ، وكذا لايجوز عنده بيع الجوز بدهنه واللبن بسمنه والعنب بعصيره والتمر بدبسه .

وفي الكافي اعلم ان بيع أحدهما بالآخر على أربعة أوجه ، ان علم أن الزيت الذي في الزيتون أكثر من الزيت المنفصل لم يصح لتحقق الفضل الخالي عن العوض من حيث زيادة الدهن والثجير ، وكذا إن علم أنه مثله ، لأن الثفل المسيل يكون فضلاً ، وإن كان الزيت المنفصل أكثر جاز ، والفضل بالثفل ، وهذه الثلاثة بالإجماع . وإن لم يعلم أنه مثله أو أكثر منه أو أقل منه صح عند زفر ، وعندنا لايصح .

(وهذا) إيضاح لبيان ما قبله (لأن مافيه) أي في الموزون(لوكان أكثر أو مساوياً

فالثجير وبعض الدهن أو الثجير وحده فضل ولو لم يعلم مقـــدار
ما فيه لا يجوز لاحتمال الربا ، والشبهة فيه كالحقيقة ، والجواز بدهنه
واللبن بسمنه والعنب بعصيره والتمر بدبسه على هـــذا الاعتبار .
واختلفوا في القطن بغزله

له ، فالثجير وبعض الدهن) يعني إذا كان بعض مافيه أكثر (أو الثجير وحده) أي ولو كان مافيه مساوياً ، وقوله (فضل) خبر قوله فالثجير ، فإذا كان فضلاً يكون خالياً عن العوض .

(ولو لم يعلم مقدار ما فيه) أي مافي الموزون (ولم يجز [1] لاحتمال الربا) لتوهم الفضل الذي كالمتحقق في هذا الباب ، وهو معنى قوله (والشبهة فيه كالحقيقة) للإحتياط (والجواز بدهنه) كلام إضافي مبتدأ ، وقوله (واللبن بسمنه والعنب بعصيره والتمر بدبسه) معطوفات على المبتدأة . وقوله (على هذا الاعتبار) خبره ، يعني أن الـــدهن الخالص ينبغي أن يكون أكثر ، حتى يجوز بيانه إذا كان الدهن الخالص أكثر من الدهن الذي في الجوز والسمن الخالص أكثر مما في اللبن والعصير الخالص أكثر مما في العنب والدبس الخالص اكثر مما في التمر جاز ، وإلا فلا

(واختلفوا) أي المشايخ « رح » (في القطن بغزله) أي في بيع القطن بغزل القطن متساوياً وزناً . قال بعضهم يجوز ، لأن أصلها واحد ، وكلاهما موزون . وقال بعضهم لايجوز ، وإليه ذهب صاحب خلاصة الفتاوى ، لأن القطن ينقص إذا غـــزل ، فصار كالحنطة مع الدقيق . واتفقوا في بيع القطن بالقطن انه جائز ، وبيع المحلوج بالقطن إذا كان يعلم أن الخالص أكثر جاز وإلا فلا . وفي الإيضاح والذخيرة بيع غزل القطن بالقطن لايجوز متساوياً . وفي فتاوى قاضي خان لايجوز إلامتساوياً ، ولو خرجا أو أحدهما من الموزون فلابأس ببيعها متفاضلا ، وبيع الغزل بالثوب جائز على كل حال . وعن محمد « رح » بيع القطن بالثوب لايجوز متفاضلا ، وعندنا لايجوز مطلقاً . وفي جمع العلوم بيع الجوزقة

---

(١) لايجوز — هامش .

والكرباس بالقطن يجوز كيفما كان بالإجماع . قال ويجوز بيـــع اللحمان المختلفة بعضها ببعض متفاضلاً ، ومراده لحم الإبل والبقر والغنم ، فأما البقر والجواميس جنس واحد ، وكذا المعز مع الضأن ، وكذا العراب مع النجاتي . قال وكذلك ألبـان البقر والغنم . وعن الشافعي « رح » لا يجوز لأنها جنس واحد لاتحاد المقصود .

بالغزل جائز كيفما كان على الأصح ، وقيل إنما يجوز بالاعتبار .

(والكرباس) أي وبيع الكرباس (بالقطن كيفما كان) يعني متساوياً أو غيرمتساو (يجوز بالإجماع) لاختلافهما من كل وجه ، لأن الكرباس بالصنعة صار شيئا آخر .

(قال) أي القدوري « رح » (ويجوز بيـع اللحمان المختلفة بعضها ببعض متفاضلاً) وعن الشافعي رضي الله عنه لايجوز بيـع اللحوم المختلفة متفاضلا . وفي الوجيز وفي لحوم الحيوانات قولان ، أصحهما أنها مختلفة (ومراده) أي مراد القدوري من قوله(لحم الابل والبقر والغنم ، فأما البقر والجواميس فجنس واحد ، وكذا المعز مع الضأن ، وكـــذا العراب مع النجاتي) يعني جنس واحد . وقال الجوهري الإبل العراب والخيل العراب خلاف النجاتي والبراذين . وفي المغرب يقال فرس عربي وخيل عراب وفرقه في الجمع بين الأناسي والنجاتي والبهائم جمع نجتي منسوب إلى نجت نصر ، لأنه أول منجمعه بينالعربي والعجمي. وقال الجوهري النجت من الابل معرب ، وبعضهم يقول هو عربي الواحـد نجتي ، والأنثى نجتية ، وجمعه نجاتي غير مصروف لأنه بزنة جمع الجمـع ولك أن تخفف الياء .

(قال) أي القدوري (وكذلك ألبان الإبل والبقر والغنم) يعني يصح بيـع بعضها بالبعض متفاضلا (وعن الشافعي رضي الله عنه لايجوز لأنها) أي اللحمان والألـــبان (جنس واحد لاتحاد المقصود) أي من اللحم ، وهو التغذي والتقوي وائتلاف المقاصد بعد ذلك يرجع إلى الوصف . وفي كتبهم اللحمان احتباس ، وهو ظاهر المذهب ، وهو اختيار المزني انتهى وقال مالك اللحوم ثلاثة أجناس ، الطيور والدواب أهليهاووحشيها

ولنـــا أن الأصول مختلفة حتى لا يكمل نصاب أحدهما بالآخر في الزكاة ، فكذا جزاؤها إذا لم تتبدل بالصنعة . قال وكذا خل الدقل

والجريات وبه قال أحمد « رح » في إحدى روايتيه كقول الشافعي رضي الله عنه ، وفي رواية كقولنا .

وفي شرح الطحاوي « رح » ولو باع لحوم الشاة بشحمها أو بإليتها أولحمها بصوفها يجوز ذلك كيفما كان ، ولا يجوز نسيئة ، لأن الوزن يجمعهما . وأماصوف الشاة مع شعر البقر جنسان يختلفان ، ولو باع بعضها ببعض متفاضلاً يجوز ، ولا يجوز نسيئة ، لأن الوزن يجمعها ، وأما الرؤوس والأكارع والجلود يجوز يداً بيد كيفما كان ،ولايجوز نسيئةلأنهلم يضبط بالوصف.ولوباع لحم الإبل بلحم الغنم أوبلحم البقر أولبنهابلبن الغنم أولبن البقر يجوز كيفما كان ، ولا يجوز نسيئة ، لأن الوزن يجمعهما . وفي الإيضاح روي عن أبي يوسف أنه يجوز بيع لحم الطير بعضه ببعض متفاضلاً ، وإن كان من نوع واحد لأنه لايوزن في العادة .

(ولنا أن الأصول) أي أصول اللحمان(مختلفة) فكانت فروعها أجناساً ،والدليل على أن أصولها مختلفة . قوله (حتى لايكمل نصاب أحدهما بالآخـــر في الزكاة) يعني لاتكمل نصاب البقر بالإبل وبالغنم (فكذا أجزاؤها) أي أجزاء الأصول (إذ لم تتبدل بالصنعة) فإذا تبدلت تصير جنسين بسبب تبدلهما بالصنعة وإن كان أصلهما واحداً كالنذبنجي مع الودراى والهروي مع المروي ، قال الأكمل فيه نظر ، لأن كلامه في اختلاف الأصول لا في اتحادها ، فكأنه يقول اختلاف الأصول يوجب اختلاف الأجـــزاء إذا لم يتبدل بالصنعة ، وأما إذا تبدلت فلا توجبه ، وإنما توجب الاتحاد ، فإن الصنعة كما تؤثر في تغيير الأجناس مع اتحاد الأصل كالهروي مع المروي مع اتحادهما في الاصل وهو القطن ، كذلك يؤثر في اتحادها مع اختلاف الأصل كالدراهم المغشوشة المختلفة الغش مثل الحديد والرصاص إذا كانت الفضة غالبة ، فإنها متحدة في الحكم بالصنعة مع اختلاف الأصول .

(قال) أي القدوري « رح » (وكـــذا خل الدقل بخل العنب) يعني يجوز بيع

بخل العنب للاختلاف بين أصليهما ، فكذا بين مائيهما ، ولهذا كان عصيراهما جنسين . وشعر المعز وصوف الغنم جنسان لاختلاف المقاصد . قال وكذا شحم البطن بالإلية أو باللحم ، لأنهـــا أجناس مختلفة لاختلاف الصور والمعاني والمنافع اختلافاً فاحشاً .

أحدهما بالآخر متفاضلا يداً بيد ، والدقل بالفتحتين دار التمر (للإختلاف بين أصليهما) لأن الدقـل غير العنب (فكذا بين مائيهما) أي فكذا الاختلاف بين مائيهما (ولهذا) أي ولأجل الأختلاف بين مائيهما (كان عصيرهما جنسين) بإجماع الأئمة الأربعة .

فإن قلت لم خص خل الدقل والحلم في خل كل تمر كذلك . قلت إجراء الكلام مجرى العادة لأنهم اعتادوا اتخاذ الخل من الدقل .

(وشعر المعز وصوف الغنم جنسان ، لاختلاف المقاصد) فإن الحبال الصلبة والمسوح إنما تتخذمن شعر المعز او اللفافة واللبد تتخذ من صوف الغنم .

فإن قلت الشاة والمعز جنس واحد ، ولهذا يملك نصاف أحدهما بالآخر ، فينبغي أن تكون أجزاؤهما كذلك . قلت لما اختلفت المقاصد في الأجزاء جعلت مختلفة كإلية الشاة مع لحمها،ألا ترى أن أحدهما يصلح لما لا يصلح الآخر، كما ذكرنا (وكذا شحم البطن بالالية) يعني يجوز بيـع أحدهما بالآخــــر متفاضلا (أو باللحم) أى أو شحم البطن باللحم فكذلك يجوز (لأنها)أى لأن الشحم والإلية واللحم (أجناس مختلفة لاختلاف الصور) جمع صورة ، واختلافها ، ظاهر ، لأن الصور مايحصل منه في الذهن عند تصوره ، ولا شك في ذلك عند تصور هذه الأشياء (والمعاني) أي واختلاف المعاني ، فلأن حقيقة كل واحد من هذه الأشياء تخالف حقيقة الآخر ، ولهذا يقع على أحدهما اسم الشحم ، وعلى الآخر اسم الإلية، وعلى الآخر اسم اللحم (والمنافع اختلافاً فاحشاً) أي واختلاف المنافع اختلافاً فاحشاً بحسب اختلاف اللحوم والشحوم والإليات .

فقال الأكمل واما اختلاف المنافع فمكانه الطب ، وهذا قصور في حق الطالب ، أما

قال ويجوز بيع الخبز بالحنطة والدقيق متفاضلاً ، لأن الخبز صار عددياً أو موزوناً ، فخرج من أن يكون مكيلاً من كل وجه، والحنطة مكيلة . وعن أبي حنيفة أنه لا خير فيه ، والفتوى على الأول ،

الإلية فإنها حارة رطبة اكثر من الشحم تصلح لمن بـــه برودة ويبوسة ، وتنفع العصب الجاسي وردية الغداء والهضيم . وأما الشحم فمن ذكر الحيوانات اشد حرارة من شحم الإناث ، وشحم الخصي أشد تسخيناً ، فالجملة في هذا أن أصناف شحوم الحيوانات إنمـــا تكون بحسب مزاجها ، وقوة كل شحم تسحق وترطب بدن الإنسان ، ولكن إضافته قد تختلف في الزيادة والنقصان بحسب كل واحد من الحيوانات . وأما اللحم فإنه غذاء يقوي البدن ، واللحوم الفاضلة في لحوم الضأن والثنى من العجاجيل والماعز ،ولحوم الصغار منهاأقبل للهضم والطف غذاء . ولحوم الهرم والعجف روي ، ولحم الأسود أخف والذ، وكذا لحم الذكر ، وفي اللحم كلام كثير موضعه كتب الطب .

(قال) أى القدوري (ويجوز بيع الخبز بالحنطة ، والدقيق متفاضلا) يعني إذا كان يداً بيد (لأن الخبز صار عددياً أو موزوناً ، فخرج من أن يكون مكيلا من كل وجه) بواسطة الصنعة (والحنطة مكيلة) بالنص ، وكذا الدقيق باعتبار أنه جزء الحنطة المكيلة، ومن جعله وزنياً باعتبار العرف لم يثبت الجنسية بينه وبين الخبز فلم يجمعها القدر من كل وجه ، فلم تتحقق علة الربا ، وهو وجود الوصفين .

(وعن أبي حنيفة أنه لا خير فيه) أى في بيع الخبز بالحنطة والدقيق، يعني لا يجوز، وهو نفي الجواز على وجه المبالغة لكونه نفي الجنس ، وهو قول الشافعي وأحمد رضي الله عنهما . وقال المصنف « رح » (والفتوى على الأول) يعني على جـــواز بيع الخبز بالحنطة والدقيق ، وهو اختيار المتأخرين ، وذكر في النوادر عن أبي بكر أن بيع الحنطة بالخبز لايجوز لامتفاضلا ولا متساوياً .

وقال أبوالليث هذا الجواب موافق قول أبي حنيفة خاصة كالحنطة بالدقيق .وفي فتاوى قاضي خان بيع الخبز بالخبز متفاضلا عدداً أو وزناً جائز في قول أبي يوسف ومحمد « رح »

وهذا إذا كانا نقدين ، فإن كانت الحنطة نسيئة جاز أيضاً ، وإن كان الخبز نسيئة يجوز عند أبي يوسف ، وعليه الفتوى . وكذا السلم في الخبز جائز في الصحيح ، ولا خير في استقراضه عدداً أو وزناً عند أبي حنيفة « رح » لأنه يتفاوت بالخبز والخباز

يداً بيد ولاخير فيه نسيئة عند أبي حنيفة « رح » إذ الخبز ليس بوزني ولا عددي عنده. وقال محمد هـــو عددي . وقال أبو يوسف هو وزني إلا أن يكون قليلاً لا يدخل تحت الوزن ، فيجوز الواحد بالاثنين وإن كان كثيراً لايجوز . وقال الشافعي رضي الله عنه لايجوز بيع الخبز بالخبز إذا كانا رطبين أو أحدهما . وقال أحمد يجوز متماثلا إذا كانا رطبين، ولو كانا يابسين غير مدقوقين ففيه قولان ، أحدهما يجوز والآخر لايجوز . ولو كانا يابسين غير مدقوقين لايجوز لجهالة التماثل ، كما لو كانا رطبين أو أحدهما .

(وهذا) أي جواز بيع الخبز بالحنطة أو بالدقيق (إذا كانا نقدين ، فإن كانت نسيئة جاز أيضاً ، وإن كان الخبز نسيئة يجوز عند أبي يوسف وعليه الفتوى) أى على قـــول أبي يوسف لايجوز السلم في الخبز فيجوز عنده كيفما كان . وذكر خواهر زادة « رح » يجب أن يفتى على قـــول أبي يوسف « ر ح » لا محالة (وكذا السلم في الخبز جائز في الصحيح) وهو قـــول أبي يوسف « رح » ، واحترز به عن قولهما كذا قاله الأترازي . وقال الكاكي احترز به بقوله في الصحيح عن ما روي عن أبي حنيفة أنه لا يجوز وفي المبسوط وأما السلم في الخبز فلا يجوز عند أبي حنيفة ولا يحفظ عنهما خلاف ذلك .ومن أصحابنا من يقول يجوز عندهما على قياس السلم في اللحم ، ومنهم من يقول لايجوز لأنه لا يوقف على حدة مضيا ، وانه يتفاوت بالعجز والنضج عند الخبز .

(ولاخير في استقراضه عـــدداً) أي لايجوز استقراض الخبز من حيث العدد (أو وزناً) أى أو استقراضه من حيث الوزن (عند أبي حنيفة « رح » ، لأنه) أى لأن الخبز بالضم (يتفاوت بالخبز) بالفتح من حيث الطول والعرض والغلظ والرقة (والخباز) أى ويتفاوت أيضاً بالخباز ، لأن الخباز إذا كان حاذقاً في هذا الباب يجيىء خبزه احسن ما

والتنور والتقدم والتأخر . وعند محمد « رح » يجوز بهما للتعامل . وعند أبي يوسف « رح » يجوز وزناً ، ولا يجوز عدداً لتفاوت آحاده .

يكون ، وإلا فلا يجيء كما هو المطلوب (والتنور) أي ويتفاوت أيضاً بالتنور ، لأنه إذا كان جديداً يجيء خبزه جيداً ، بخلاف ما إذا كان عتيقاً ، كذا قاله الشراح . قلت بحسب قوة نار التنور وضعفها ، فإن التنور إذا كانت ناره قوية يحترق وجه الخبز ولا ينضج لبابه . وإذا كانت ضعيفة لا يتخبز جيداً ، بل ينبغي أن تكون النار معتدلة (والتقدم والتأخر) أي ويتفاوت أيضاً بحسب تقدم الخبز في أول التنور وتأخره إلى آخر التنور ، فإن في آخر التنور النار قوية يحترق الخبز بذلك ، وفي أوله لا ينضج كما ينبغي ، والخباز إذا كان حاذقاً يدرى كيف يرفض الخبز فيه .

(وعند محمد يجوز بهما) أي العدد والوزن (للتعامل) أي لتعامل الناس كذلك ، وكذا ذكر قول محمد في شرح الطحاوي ، والمختلف والحصر وخلاصة الفتاوى ، وذكر الولوالجي وصاحب الفتاوى الصغرى أنه يجوز عند محمد « رح » عدداً ولم يذكر الوزن ، وإن كان لا يجوز السلم فيه عنده لا وزناً ولا عدداً قال الولوالجي وكان محمداً ترك القياس في جواز استقراضه عدداً لتعارف الناس كما ترك القياس بالعرف في جواز الاستصناع .

(وعند ابي يوسف « رح » يجوز) أي استقراض الخبز (وزناً) أي من حيث الوزن (ولا يجوز عدداً) أي من حيث العدد (للتفاوت في آحاده) أي لأجل التفاوت في أفراد الخبز ، فلا يتحقق التساوي فيه وعليه الفتوى . وفي المجتبى باع رغيف نقداً برغيفين نسيئة يجوز ، ولو كان الرغيفان نقداً والرغيف نسيئة لا يجوز . ولو باع كسرات الخبز يجوز نقداً ونسيئة كيفما كان عند صاحبه . وللشافعي رضي الله عنه في الاستقراض وجهان كما في السلم ، أحدهما لا يجوز كما قال أبو حنيفة وهو الأصح عند صاحب التقريب والثاني يجوز وبه قال أحمد وهو اختيار ابن الصباغ لحاجة العامة واطباق الناس عليه وعلى قول يجوز استقراضه ، ويجب رد مثله وزناً فيجب أن يكون القرض معلوم القدر ، كذا في شرح الوجيز .

قال ولا ربا بين المولى وعبده لأن العبد وما في يده ملك لمولاه ، فلا يتحقق الربا ، وهذا إذا كان مأذوناً له ولم يكن عليه دين ، وإن كان عليه دين لا يجوز بالاتفاق ، لأن ما في يده ليس ملك المولى عند أبي حنيفة « رح » ، وعندهما تعلق به حق الغرماء فصار كالأجنبي فيتحقق الربا كما يتحقق بينه وبين مكاتبه

قال ولا بين المسلم والحربي في دار الحرب خلافاً لأبي يوسف « رح » والشافعي « رح » . لهما الاعتبار بالمستأمن منهم في دارنا . ولنا قوله عليه السلام لا ربا بين المسلم والحربي في دار الحرب ،

(قال) أي القدوري في مختصره (ولا ربا بين المولى وعبده ، لأن العبد وما في يده ملك مولاه ، فلا يتحقق الربا وهذا) أي عدم كون الربا بين المولى وعبده (إذا كان) أي العبد (مأذوناً له) في التجارة (ولم يكن عليه دين ، أما إذا كان عليه دين لا يجوز بالاتفاق ، لأن ما في يده ليس ملك المولى عند أبي حنيفة « رح » ، وعندهما تعلق به) أي بما في العبد (حق الغرماء فصار) أي العبد (كالأجنبي) من مولاه (فيتحقق الربا كما يتحقق) أي الربا (بينه) أي بين المولى (وبين مكاتبه) لأن المكاتب صار كالحر يداً أو تصرفاً في كسبه ، فيجري الربا بينه وبين مولاه ، كما يجري بينه وبين غيره .

(قال) أي القدوري « رح » (ولا بين المسلم والحربي في دار الحرب) أي ولا ربا أيضاً بين المسلم الذي دخل دار الحرب بأمان وباع درهماً بدرهمين ، وكذا إذا باع خمراً أو خنزيراً أو ميتة أو قامرهم وأخذ المال كل ذلك يحل له إذا كان في دار الحرب عند أبي حنيفة ومحمد (خلافاً لأبي يوسف والشافعي رضي الله عنهما) ومالك واحمد .

(لهما) أي لأبي يوسف والشافعي (الاعتبار بالمستأمن منهم في دارنا) يعني المستأمن من أهل الحرب الذي دخل دارنا بأمان تجري الربا بينه وبين المسلم فكذلك يجري بينه وبين المسلم في دار الحرب قياساً عليه بجامع تحقق الفضل الخالي عن العوض المستحق بعقد البيع .

(ولنا قوله عليه الصلاة والسلام) أي قول النبي ﷺ (لاربا بين المسلم والحربي في

ولأن مالهم مباح في دارهم ، فبأي طريق أخذه المسلم أخـــذ مالاً مباحاً إذ لم يكن منه غدر ، بخلاف المستأمن منهم ، لأن ماله صار محظوراً بعقد الأمان

دار الحرب) هذا حديث غريـب ليس له أصل مسند ، وقال الكاكي ولنـــا الحديث المذكور في المـــتن . وفي المبسوط عن مكحول عن النبي ﷺ أنـــه قال لاربا بين المسلم .. الحديث ، وهذا الحديث وإن كان مـــرسلاً فمكحول ثقة والمرسل من مثله مقبول . وقال الاكمل ولأبي حنيفة ومحمد « رح » ما روى مكحول ... إلى آخره ،ثم قال ذكره محمد بن الحسن ، وذكره الأترازي ، كذا ثم قال كذا في شرح أبي نضر. قلت أسند البيهقي في المعرفة في كتاب السير عن الشافعي رضي الله عنه قال ، قال أبو يوسف رحمه الله إنما قال أبو حنيفة رضي الله عنه هذالأن بعض **الشيخة** ، حدثنا عن مكحول عن رسول الله ﷺ أنه قال لا ربا بين أهل الحرب ، أظنه قال وأهل الإسلام قال الشافعي رضي الله عنه هذا ليس ثابت ولا حجة فيه ، انتهى .

قلت لا نسلم عدم ثبوته لأن جلالة قدر الإمام لا تقتضي أن يجعل لنفسه مذهباً من غير دليل واضح ، وأما قوله ولاحجة فيه فبالنسبة إليه ، لأن مذهبه عدم العمل بالمرسلات إلا مرسل سعيد بن المسيب والمرسل عندنا حجة على ماعرف في موضعه ، والله أعلم .

(ولأن مالهم) أي مال أهل الحرب (مباح في دارهم) لأنه غير معصوم ، بل هو على أصل الإباحة **(فبأي طريق أخذه المسلم أخذ مالاً مباحاً إذ لم يكن فيه) أي في أخذه (غدر)لأن الغدر حرام(بخلاف المستأمن منهم) هذا جواب عن قياس أبي يوسف والشافعي رضي الله عنهما** ، تقريره ماقاله بقوله (لأن ماله) أي من المستأمن (صار محظوراً) أي ممنوعاً أخذه (بعقد الأمان) ولهذا لايحل تناوله بعد انقضاء المدة ،وفي الحجى في الكناية مستاه هنا باشـــر مسلماً أو ذمياً في دارهم أو من أسلم هناك شيئاً من المعقود التي لاتجوز فيما بيننا كالربويات وبيع الميتة جاز عندهما خلافاً لأبي يوسف والأئمة الثلاثة ، والله أعلم بالصواب .

باب الحقوق

ومن اشترى منزلاً فوقه منزل فليس له الأعلى إلا أن يشتريه بكل حق هو لـــه ، أو بمرافقة أو بكل قليل وكثير هو فيه أو منه ، ومن اشترى بيتاً فوقه بيت بكل حق هو له لم يكن لـــه الأعلى .

ومن اشترى داراً بحدودها فله العلو والكنيف

(باب الحقوق)

أى هذا باب في بيان أحكام الحقوق ، وهو جمع حق ، وهو ما يستحقه الرجل ،وله معان أخرى ،منها الحق ضد الباطل . وقال بعض الشراح كان من حق مسائل هذاالباب أن يـــذكر في الفصل المتصل بأول كتاب البيوع ، إلا أن المصنف التزم ترتيب الجامع الصغير، وهناك هكذا وقع ، فكذا هنا وقبل الحقوق توابع فيليق ، ذكرها بعد مسائل البيوع .

(ومن اشترى منزلاًفوقه منزل فليس له الأعلى) أي لا يدخل في بيعه المنزل الأعلى (إلا أن يشتريه بكل حق هو له) أى إلاأن يقول وقت شرائه المنزل اشتريته بكل حق هو له (أو بمرافقه) أى أو يشتريه بمرافقه بأن يقول اشتريته بمرافقه . وفي المغرب مرافق الدار المتوضأ والمطبخ ونحوهما الواحد مرفق بكسر الميم الفاء الطاء لا غير (أو بكل قليل و كثير هـــو فيه) أى او إلا ان يشتريه بكل قليل و كثير هو فيه ، أي في المنزل (أو منه) أى من المنزل ، وهنا ثلاثة أشياء المنزل والبيت والدار ، وفسر المصنف كلها ليتبين ما يترتب على كل اسم منها من الاحتياج إلى تصريح مايدل على المرافق لدخولها وعدمه ، فقال (ومن اشترى بيتاً فوقه بيت بكل حق هو له لم يكن له الأعلى) أى البيت الأعلى .

(ومن اشترى داراً بحدودها فله العلو) الذي عليها (والكنيف) أى وله الكنيف

جمع بين المنزل والبيت والدار فاسم الدار ينتظم العلو ، لأنه اسم لما أدير عليه الحدود ، والعلو من توابع الأصل وأجزائه فيدخل فيه ، والبيت اسم لما يبات فيه ، والعلو مثله ، والشيء لا يكون تبعاً لمثله فلا يدخل فيه إلا بالتنصيص عليه .

أيضاً ،وهوالمستراح (جمع) أي محمد « رح » في الجامع الصغير (بين اسم البيت والمنزل والدار فاسم الدار ينتظم العلو) يعني يشمله من غير نص باسمه الخاص ، ومن غير ذكر الحقوق (لأنه) أى لأن العلو (اسم لماأدير عليه الحدود والعلو من توابع الأصل وأجزائه) فلا يخرج عنها (فيدخل فيه) أي في الأصل . وفي شرح نظم الجامع الكبير الدار اسم في اللغة لقطعة أرض ضربت لها الحدود وميزت عما يجاورها بإدارة خط عليها فبين في بعضها دون البعض ليجمع فيها مرافق الصخر للاسترواح ومنافع الأبنية للإسكان وغير ذلك ، ولافرق فيما إذا كانت الأبنية بالماء أو التراب أو بالخيام والعناب .

(والبيت اسم لمايبات فيه والعلو مثله) أى مثل البيت (والشيء لا يكون تبعاً لمثله) لأن تبع الشيء أدنى منه لا محالة لا مثله ، وبين نتيجة هذا بقوله (فلا يدخل فيه) أى يدخل العلو في شراء البيت (إلا بالتنصيص عليه) أى على اسم العلو بذكره وإلا لكان الشيء تابعاً لمثله وهو لايجوز ولا يرد على هذا المستعير ، فإن له أن يعير فيما لا يختلف باختلاف المستعلين ولا يرد المكاتب أيضاً فإن له أن يكاتب ، لأن المراد بالتبعية ههنا أن يكون اللفظ الموضوع لشيء يتبعه ماهو مثله في الدخول تحت الدلالة ، لأنه ليس بلفظ عام يتناول الافراد ، إذ فرض المسألة في معلوم ولا من لوازمه وليس في الإعادة والكتاب ذلك ، فإن لفظ المعير أعرتك لم يتناول عارية المستعير أصلا لا تبعاً ولا أصالة، وإنما ملك الإعارة لأنها تمليك المنافع ، ومن ملك شيئاً جاز أن يملك لغيره ، وانما لا يملك فيما يختلف المستعمل حذاء وقوع التغيير به ، والمكاتب لما اختص بمكاتبه كان أحق بتصرف ما يوصله إلى مقصوده في كتابة عبده بسبب إلى ما يوصله إلى ذلك فكانت جائزة .

والمنزل بين الدار والبيت لأنه يتأتى فيه مرافق السكنى مع ضرب قصور إذ لا يكون فيه منزل الدواب فلشبهه بالدار يدخل العلو فيه تبعاً عند ذكر التوابع ولشبهه بالبيت لا يدخل فيه بدونه . وقيل في عرفنا يدخل العلو في جميع ذلك ، لأن كل مسكن يسمى بالفارسية خانه ولا يخلو عن علو ،

(والمنزل بين الدار والبيت،لأنه يتأتى فيه مرافق السكنى) أي منافعها (مع ضرب قصور) يعني لكن فيه قصور (إذ لايكون) أي لأنه لا يكون (فيه منزل الدواب) وما يجري مجرى ذلك (فلشبهه) أي فلشبهة المنزل (بالدار يدخل فيه العلو تبعاً عند ذكر التوابع ولشبهه بالبيت لا يدخل فيه بدونه) أي بدون ذكره ، لأن المنزل له منزلة بين المنزلتين .

وقال السرخسي المنزل اسم لما يشتمل على بيوت ومطبخ وموضع قضاء الحاجة ، ولكن لا يكون فيه صحن . وفي الفوائد المنزل اسم لبيتين أو ثلاثة ينزل فيه ليلاً أو نهاراً ، والعلو وإن كان محلاً للنزول فيه فهو دون السفل في احتمال السكنى ، لأن السفل يحتمل السكنى لنفسه ودوابه والعلو لا يحتمل السكنى للدواب ، فكان أصلاً من وجه تبعاً من وجه ، فلو ذكر الحقوق يدخل ، وإلا فلا ، فيكون منزلته دون منزلة الدارفوق منزلة البيت ، وهكذا ذكره في جامع قاضي خان .

(وقيل في عرفنا يدخل العلو في جميع ذلك) أي الدار والمنزل والبيت . وقال الإمام الزاهد العتابي في شرح الجامع الصغير ، هذا يعني الذي ذكره أولاً في عرفهم وفي عرفنا يدخل العلو من غير ذكر في الفصول كلها ، لأن في عرفنا الدار والمنزل والبيت كله واحد . وقال المصنف (لأن كل بيت يسمى بالفارسية خانه) وفي بعض النسخ لأن كل مسكن يسمى خانه (ولا يخلو عن علو) يعني في عرف بلاد العجم يسمى كذلك ، سواء كان المسكن صغيراً أو كبيراً ، ولفظ خانه بالخاء المعجمة وفتح النون وهو اسم البيت بالعجمي .

وكما يدخل العلو في اسم الدار يدخل الكنيف لأنه من توابعه ولا تدخل الظلة إلا بذكر ما ذكرنا عند أبي حنيفة « رح » ، لانه مبني على هواء الطريق فأخذ حكمه ، وعندهما إن كان مفتحه في الدار يدخل من غير ذكر شيء مما ذكرنا ، لانه من توابعه فشابه الكنيف . قال ومن اشترى بيتاً في دار أو منزلاً أو مسكناً لم يكن له الطريق

(وكما يدخل العلو في جميع ذلك يدخل الكنيف) وهو المستراح (لأنه من توابعها) أي من توابع الدار . وفي بعض النسخ من توابعه . قال الكاكي أي من توابع الدار ، لأنه يجوز فيه التذكير ، لأنه مؤنث حقيقي ، ولأن الدار اسم لما أدير عليه الحائط ، والكنيف مما أدير عليه الحائط ، فيكون من الدار فيدخل تحت بيع الدار بلا ذكر الحقوق .

(ولا تدخل الظلة) وهي الساباط الذى أحد طرفيه على الدار المبيعة والطرف الآخر على دار أخرى أو على الاسطوانات في السكة ومفتحة في الدار ، كذا في الجامع الصغير لقاضي خان . وفي المغرب قول الفقهاء ظلة الدار يريدون السدة التي تكون فوق الباب (إلا بذكر ما ذكرنا عند أبي حنيفة) وهو قوله بكل حق هو له أو مرافقه أو بكل قليل وكثير هو فيه (لأنه مبني) أي لأن الظلة على تأويل الساباط (على هواء الطريق فأخذ حكمه) أي حكم الطريق .

(وعندهما) أي وعند أبي يوسف ومحمد (إن كان مفتحه) أي مفتح الظلة (في الدار يدخل) أي في البيع (من غير ذكر شيء مما ذكرنا) من المرافق والحقوق (لأنه) أي لأن الظلة (من توابعه) أي من توابع الدار (فشابه الكنيف) حيث يدخل من غير ذكر شيء من الحقوق والمرافق .

(قال) أي قال محمد في الجامع الصغير (ومن اشترى بيتاً في دار أو منزلاً) أي أو اشترى منزلاً (أو مسكناً) أي أو اشترى مسكناً (لم يكن له) أي للمشتري (الطريق

إلا أن يشتريه بكل حق هو له أو بمرافقه أو بكل قليل وكثير ، وكذا الشرب والمسيل ، لانه خارج الحدود إلا أنه من التوابع فيدخل بذكر التوابع ، بخلاف الإجارة لانها تعقد للانتفاع ، ولا يتحقق إلا به إذ المستأجر لا يشتري الطريق عادة ولا يستأجره فيدخل تحصيلا للفائدة المطلوبة منها .

إلا أن يشتريه بكل حق هو له أو بمرافقه) أو يشتري بمرافقه (أو بكل قليل و كثير) هو منه أو فيه فيكون له الطريق حينئذ . وقال الكاكي المراد الطريق الخاص في ملك إنسان . قلنا طريقها إلى سكة غير نافذة وإلى طريق عام فيدخل (وكذا الشرب) بكسر الشين المعجمة ، أى لا يدخل في الأرض (والمسيل) وكذا مسيل الماء أو الفاء الثلج في ملك إنسان لا يدخل من غير ذكر مما ذكرنا (لأنه) أى لأن كل واحد من الطريق والشرب والمسيل (خارج عن الحدود) أي حدود المبيع فكانت هذه الأشياء أصلا بنفسها من حيث أنه مقصود قيامها بدون المبيع (إلا أنه من التوابع) من حيث أنه لا يقصد به ، وإنما يقصد بها الانتفاع بالمبيع فكانت تابعة (فيدخل بذكر التوابع) أى بذكر الحقوق والمرافق . وفي الذخيرة بذكر الحقوق إنما يدخل الطريق الذى يكون عند البيع لا الطريق الذى كان قبل البيع ، حتى أن من سد طريق منزله وجعل له طريقاً آخر وباع المنزل بحقوقه يدخل تحت البيع الطريق الثانى لا الطريق الأول.

(بخلاف الإجارة) بهذه تدخل هذه الأشياء في الإجارة بدون ذكر الحقوق ، وبه قال الشافعي رضي الله عنه (لأنها) أى لأن الإجارة (تعقد للانتفاع ولا يتحقق) أى الانتفاع (إلا به) أى بالطريق (إذ المستأجر لا يشترى الطريق عادة ولا يستأجره ، فيدخل تحصيلاً للفائدة المطلوبة منها) أى من الإجارة ، بيان هذا أن البيع شرع لتمليك العين لا لتمليك المنفعة وهذا يصح فيما لا ينتفع به في الحال كالجحش والمهر الصغير والأرض السبخة والإجارة لا تصح فيه والإنسان قد يشترى ليبيعه ليربح ، وقد يشتريه للانتفاع ، فكان القصد فيه تملك العين لا الانتفاع لا محالة ، فلا ضرورة في إدخال هذه

أما الانتفاع بالمبيع ممكن بدونه لان المشتري عادة يشتريه وقد

يتجر فيه فيبيعه من غيره فحصلت الفائدة .

الأشياء في البيع » ، فلا يدخل إلا بالذكر ، كذا في جامع قاضي خان . وفي الكافي ولهذا لو استأجر علواً واستثنى الطريق فسدت الإجارة . بخلاف البيع ، فانه لواشترى علواً واستثنى الطريق صح ، لأن موجب البيع تمليك الرقبة والانتفاع من ثمراته ، أما الإجارة فللانتفاع ، ولا انتفاع بدون الطريق .

(أما الإنتفاع بالمبيع ممكن بدونه) أي بدون الطريق (لأن المشترى عادة يشتريه) أي يشترى الطريق والشرب والمسيل ، ووحد الضمير لكل واحد أو بتأويل المذكور (وقد يتجر فيه) أي في شرائه (فيبيعه من غيره فحصلت الفائدة) المطلوبة .



باب الاستحقاق

ومن اشترى جارية فولدت عنده فاستحقها رجل ببينة فإنه يأخذها وولدها وإن أقر بهـــا لرجل لم يتبعها ولدها ، ووجه الفرق أن البينة حجة مطلقة فإنهـا كاسمها مبينة فيظهر بها ملكه من الأصـل والولد كان متصلاً بها ، فيكون له . أما الإقرار حجة قاصرة يثبت الملك

(باب االاستحقاق)

أى هذا باب في بيان حكم الاستحقاق ، وهو طلب الحق ، وذكر هذا الباب عقيب باب الحقوق للمناسبة التي بينهما لفظاً ومعنى .

(ومن اشترى جارية فولدت عنده) أى عند المشترى ولدت من غير مولاهـا . وفي الكافي ولدت لا بالاستيلاد (فاستحقها رجل ببينة فانه يأخذها) أى فإن المستحق يأخذ الجارية (وولدها) أى يأخذ ولدها معها أيضاً (وإن أقر بها) أى وإن أقر بالجاريـــة (لرجل لم يتبعها) أى لم يتبع الجارية (ولدها) أى لا يأخذ المقر له الولد ويأخذ الأمة فقط (ووجه الفرق) أى بين البينة والإقرار حيث يأخذ الجارية وولدها بالبينة فقـط لا بالإقرار (أن البينة حجة مطلقة) يعني غير مقتصرة على المقضي عليه فهي حجة في قول كافة الناس . وفي الكافي البينة حجة متعدية حتى تظهر في حق كافة النـاس والإقرار لا حتى يقتصر على المقر (فإنها) أى فإن البينة (كاسمها مبينة) من التبين وهو الإظهـار ، وأصله من البيان وهو الظهور (فيظهر بها) أى بالبينة (ملكه) أى ملك الرجل المستحق (من الأصل) يعني في حق الجارية والولد جميعاً (والولد كان متصلا بها) أى بالجاريـة (فيكون) أى الولد (له) أى للمستحق ، ولهذا يرجع الباعة بعضهم على بعض .

(أما الإقرار حجة قاصرة) فتظهر في حقه دون غيره (يثبت الملك في المخبر بـه)

في المخبر به ضرورة صحة الاخبار وقد اندفعت بإثباته بعد الانفصال فلا يكون الولد له ثم قيل يدخل الولد في القضاء بالأم تبعاً . وقيل يشترط القضاء بالولد وإليه تشير المسائل،فإن القاضي إذا لم يعلم بالزوائد. قال محمد « رح » لا تدخل الزوائد في الحكم ، وكذا الولد إذا كان في يد غيره لا يدخل تحت الحكم بالأم تبعاً . قال ومن اشترى عبداً فإذا هو حر وقد قال العبد للمشتري

أي مقصوراً على ما أقر به وهو الجارية (ضرورة صحة الإخبار) أي لأجل ضرورة صحة اخبار المخبر (وقد اندفعت) أي الضرورة (بإثباته) أي بإثبات الملك (بعد الإنفصال) أي انفصال الولد فلا يظهر الإلحاق بالولد (فلا يكون الولد له) ولهذا لا يرجع المشترى على البائع بالثمن عند الإستحقاق بالإقرار (ثم قيل) أشار بهذا إلى اختلاف المشايخ « رح » في فصل الإستحقاق بالبينة في أن الولد في القضاء بالأم يدخل تبعاً أم لا ، فقال بعضهم (يدخل الولد في القضاء بالأم تبعاً) أي تبعاً للأم لأنه لما ظهر الملك في الجارية من الأصل يدخل في الأولاد (وقيل يشترط القضاء بالولد) على حدة ، لأنه أصل يوم القضاء لكونه منفصلا عن الأم ، فلا بد من الحكم كذا قيل وهو الأصح (وإليه) أي إلى هذا القول وهو اشتراط القضاء بالولد (تشير المسائل) وبين ذلك بقوله (فإن القاضي إذا لم يعلم بالزوائد) يعني إذا قضى القاضي بالأصل ولم يعرف الزوائد .

(قال محمد رحمه الله تعالى لا تدخل الزوائد في الحكم) بالاصل ، فيجب الحكم بالزوائد أيضاً (وكذا الولد إذا كان في يد غيره لا يدخل تحت الحكم) أي حكم القاضي (بالام تبعاً) أي من حيث التبعية للأم ، لأنها منفصلة من الاصل يوم القضاء في الولد لعدم دخوله إذا كان في يد الغائب في القضاء بالام ، لانه إذا دخل حينئذ يكون قضاء على الغائب .

(قال) أي محمد في الجامع الصغير (ومن اشترى عبداً فإذا هو حر) كلمة إذا للمفاجأة ، أي فظهر أنه حر (وقد قال العبد) أي والحال أن العبد قد قال (للمشترى

اشترني فإني عبد له ، فإن كان البائع حاضراً أو غائباً غيبة معروفة لم يكن على العبد شيء ، وإن كان البائع لا يدري أين هو رجع المشتري على العبد ورجع هو على البائع ، وإن ارتهن عبداً مقراً بالعبودية فوجده حراً لم يرجع عليه على كل حال . وعن أبي يوسف أنه لا يرجع فيهما ، لأن الرجوع بالمعاوضة وبالكفالة والموجود ليس إلا الاخبار كاذباً

اشترني فإني عبد له) إنما قيد بهذين القيدين لانه لو قال وقت البيع إني عبد ولم يأمره بالشراء وقال اشترني ولم يقل إني عبد لا يرجع عليه بالثمن في قولهم ، كذا ذكره الإمام التمرتاشي في جامعه محالاً إلى شيخ الإسلام خواهر زاده .

(فإن كان البائع حاضراً أو غائباً غيبة معروفة) أى يدرى مكانه (لم يكن على العبد شيء) لان البائع هو الذى أخذ ماله فوجب أن يسترد منه ، والعبد لم يأخذ منه شيئاً (وإن كان البائع لا يدرى أين هو رجع المشترى على العبد) بالثمن على العبد ، لانه غره حيث أمره بالشراء وأتلف ماله (ورجع هو) أى العبد (على البائع) إذا قدر عليه ، لانه أدى عنه (وإن ارتهن عبداً مقراً بالعبودية) يعني إن ارتهن رجل عبداً قد أقر بأنه عبد للمرتهن (فوجده حراً) أي فوجد المرتهن العبد وهو حر (لم يرجع عليه) أى لم يرجع المرتهن على العبد بشيء (على كل حال) أى سواء كان الراهن حاضراً أو غائباً أية غيبة كانت .

(وعن أبي يوسف أنه لا يرجع فيهما) أى إن كل واحد من البائع والمرتهن لا يرجع على العبد في البيع والرهن (لان الرجوع) إنما يكون (بالمعاوضة) في المبايعة (أو بالكفالة) أى أو بكفالة العبد بالثمن ولم يوجد واحد منهما (والموجود ليس إلا الاخبار كاذباً) بأنه عبد . وقال فخر الدين الحسن بن منصور بن محمود الاوزجندى المعروف بقاضي خان في شرح الجامع الصغير ، وهذه المسألة دليل على أن العبد إذا كفل بثمن نفسه عن البائع صحت الكفالة ، فاذا تعذر استيفاؤه من البائع يرجع عليه ثم يرجع

فصار كما إذا قال لأجنبي ذلك ، أو قال العبد ارتهني فإني عبد وهي المسألة الثانية ، ولهما أن المشتري شرع في الشراء معتمداً على أمره وإقراره إني عبد ، إذ القول له في الحرية فيجعل العبد بالأمر بالشراء ضامناً للثمن له عند تعذر رجوعه على البائع دفعاً للغرور والضرر ، ولا تعذر إلا فيما لا يعرف مكانه ، والبيع عقد معاوضة فأمكن أن يجعل الأمر به ضامناً للسلامة كما هو موجبه ،

العبد على البائع إذا حضر ، لانه أدى ضماناً عليه (فصار) حكم هذا (كما إذا قال لاجنبي ذلك) بأن قال اشتره فانه عبد فظهر حراً إذا اشتراه فهو حر .

(أو قال العبد ارتهني فاني عبد) فظهر حراً ليس له عليه شيء (وهي المسألة الثانية) وهي قوله وإن ارتهن عبداً مقراً بالعبودية (ولهما) أى ولابي حنيفة ومحمد « رح» (أن المشترى شرع في الشراء معتمداً على أمره) أى أمر العبد حيث قال اشترني فأنا عبد (واقراره) بقوله (إني عبد إذ القول) أى لان القول (له في الحرية) أى للعبد لانه متمسك بالاصل ، إذ الاصل الحرية (فيجعل العبد بالامر بالشراء) أى بقوله اشترني (ضامناً للثمن له) أي للمشترى (عند تعذر رجوعه) أى رجوع المشترى (على البائع دفعاً للضرر) عن المشترى (والغرور) أى ولاجل الغرور من جهته ، والغرور في المعاوضات التي يقتضي سلامة العوض يجعل سبباً للضمان دفعاً للضرر بقدر الامكان (ولا تعذر إلا فيما لا يعرف مكانه) أى لا يعذر في الرجوع إلا في الذى لا يعرف مكانه لعدم القدرة عليه .

(والبيع) كأنه جواب عما يقال من جهة أبي يوسف كيف فرقتم بين البيع والرهن في الرجوع وعدمه فأجاب بقوله والبيع (عقد معاوضة) يستحق العبد بها السلامة (فأمكن أن يجعل الامر) على وزن اسم الفاعل (به ضامناً للسلامة) أى سلامة المبيع للمشترى (كما هو موجبه) أى موجب البيع ، لان موجبه سلامة المبيع للمشترى .

بخلاف الرهن ، لأنه ليس بمعاوضة ، بل هذا وثيقة لاستيفاء عين حقه حتى يجوز الرهن ببدل الصرف، والمسلم فيه مع حرمة الاستبدال، فلا يجعل الأمر به ضماناً للسلامة . وبخلاف الأجنبي لأنه لا يعبأ بقوله فلا يتحقق الغرور ونظير مسألتنا قول المولى بائعوا عبدي هذا فإني قد أذنت له ثم ظهر الاستحقاق يرجعون عليه بقيمته . ثم في وضع المسألة ضرب اشكال

(بخلاف الرهن فانه ليس بمعاوضة) وهو ظاهر (بل هو) أي الرهن (وثيقة لاستيفاء عين حقه) من غير عوض (حتى يجوز الرهن ببدل الصرف والمسلم فيه مع حرمة الإستبدال) حتى إذا هلك يقع الاستيفاء . ولو كان معاوضة لكان استبدالاً برأس مال السلم أو بالمسلم فيه وهو حرام ، وكذا في بدل الصرف فلم يكن هذا غروراً في عقد المعاوضة ، فلا ينتهض سبباً للضمان ، ولهذا قلنا لو سأل رجل غيره عن أمن الطريق فقال له أسلك هذا الطريق فانه آمن فسلكه فسلب اللصوص أمواله لا يضمن المخبر بشيء ، لانه غرور فيما ليس بمعاوضة . وكذا لو قال كل هذا الطعام فانه غير مسموم فأكل ثم ظهر بخلافه لا يضمن أيضاً (فلا يجعل الامر به) يعني إذا لم يكن معاوضة لم يجعل الآمر به (ضماناً للسلامة) فلا يجب عليه شيء .

(وبخلاف الاجنبي) عطف على قوله بخلاف الرهن ، يعني اخبار الاجنبي بكونه عبداً لا يفضي إلى البيع (لانه) أي لان الاجنبي (لا يعبأ) أي لا يبالي (بقوله) لعدم الإعتماد على قوله (فلا يتحقق الغرور) بقوله لعدم الإكتراث به .

(ونظير مسألتنا) وهي أن الغرور في المعاوضات التي يقتضي سلامة العوض جعل سبباً للضمان نظير (قول المولى) للناس من أهل السوق (بائعوا عبدى هذا فاني قد أذنت له) في التجارة ، فبايعوه ولحقه ديون (ثم ظهر الإستحقاق) أي ثم ظهر أنه حر فإنهم ، أي فان الذين بايعوه (يرجعون عليه) أي على المولى بديونهم (بقيمته) أي بقدر قيمته بحكم الغرور (ثم في وضع المسألة) بقوله فاذا هو حر (ضرب إشكال

على قول أبي حنيفة « رح » ، لان الدعوى شرط في حرية العبد عنده والتناقض يفسد الدعوى ، وقيل إن كان الوضع في حرية الأصل فالدعوى فيها ليس بشرط عنده لتضمنه تحريم فرج الأم . وقيل هو شرط ، لكن التناقض غير مانع لخفاء العلوق ، وإن كان الوضع في الاعتاق فالتناقض لا يمنع لاستبداد المولى به فصار كالمختلعة تقيم البينة على الطلقات الثلاث قبل الخلع

على قول أبي حنيفة ،لان الدعوى شرط في حرية العبد عنده) أي عند أبي حنيفة ،وقوله أنا حر بعد قوله أنا عبد متناقض (والتناقض يفسد الدعوى) فكيف تثبت الحرية . وأجابوا عنه بجوابين .

أشار المصنف إلى الجواب الأول بقوله (وقيل إن كان الوضع في حرية الأصل) فلقبول البينة وجهان ، أحدهما ما قاله عامة المشايخ ، وهو عدم اشتراط الدعوى لقبول الشهادة على حرية الاصل وهو معنى قوله (فالدعوى فيها ليس بشرط عنده) أي عند أبي حنيفة (لتضمنه تحريم فرج الام) أي لتضمن الدعوى ، أي دعوى حرية الاصل ، وذكر الضمير الراجع إلى الدعوى على معنى الادعاء .

وأشار إلى الوجه الثاني بقوله (وقيل هو شرط)أي الدعوى شرط على تأويل الادعاء (لكن التناقض) هنا لم يمنع صحة الدعوى ، فانه (غير مانع لخفاء العلوق) أي حال العلوق ، وكل ما كان مبناه على الخفاء فالتناقض معفو ، وقوله (وإن كان الوضع في الإعتاق) هو الجواب الثاني أراد أنه إن كان المراد به الحرية بعتاق عارض (فالتناقض) في الدعوى (لا يمنع) صحة الدعوى في المعتق ، لانه أمر يجرى فيه الخفاء (لاستبداد المولى به) أي لتفرد المولى بالاعتاق ، فربما لا يعلم العبد اعتاقه ثم يعلم بعد ذلك (فصار) هذا (كالمختلعة) أي كالمرأة التي اختلعت (تقيم البينة على الطلقات الثلاث قبل الخلع) فانه يقبل ذلك منها وإن تناقضت للخفاء في تطليقة لاستبداده به ، وإنما قيد بالثلاث لان فيما وراءها يمكن أن يقيم الزوج بينة أنه قد تزوجها بعد الطلاق الذى قد أثبتته المرأة

والمكاتب يقيمها على الإعتاق قبل الكتابة . قال ومن ادعى حقاً في دار معناه حقاً مجهولاً فصالحه الذي في يده على مائة درهم فاستحقت الدار إلا ذراعاً منها لم يرجع بشيء ، لأن للمدعي أن يقول دعواي في هذا الباقي وإن ادعاها كلهافصالحه على مائة درهم فاستحق منها شيء رجع بحسابه ، لان التوفيق غير ممكن فوجب الرجوع ببدله عند فوات سلامة المبدل ،

قبل يوم أو يومين . وأما في الثلاث فلا يمكنه ذلك (والمكاتب يقيمها) أي يقيم البينة (على الإعتاق قبل الكتابة) فانها تقبل منه لاستبداد سيده بالتحرير ،ثم المرأة والمكاتب يستردان بدل الخلع والكتابة بعد إقامتهما البينة على ما ادعياه . وقال الناطفي [1] في الاجناس رجل باع غلاماً وهو ساكت ثم قال بعد البيع مع علمه بالبيع أنا حر لا يقبل قوله وهو عبد ، وزاد في مختصر الطحاوى ، وقيل له بعد البيع قم مع مولاك فقام فذاك إقرار منه بالرق .

(قال) أي محمد في الجامع الصغير (ومن ادعى حقاً في دار معناه حقاً مجهولاً)فأنكر المدعي عليه (فصالحه الذى هو في يده على مائة درهم ، فاستحقت الدار إلا ذراعاً منها) أي موضع ذراع منها (لم يرجع بشيء) أي لم يرجع المدعى عليه على المدعي (لأن للمدعي أن يقول دعواي في هذا الباقي) فلا يثبت حق الرجوع بالشك (وإن ادعاها كلها) أي كل الدار (فصالحه على مائة درهم فاستحق منها شيء رجع بحسابه ، لأن التوفيق غير ممكن) لأنه ادعى كل الدار فصالح على ذلك فاستحق بعض الدار والمائة كانت وقعت بدلاً عن كل الدار ، لأن البدل يقسم على أجزاء المبدل ، فلما استحق بعض المبدل تعين الرجوع (فوجب الرجوع ببدله) أي بحصته (عند فوات سلامة المبدل) لأنه أخذ ذلك القدر من البدل بغير حق .

---

(١) ترد في الاصل الناطقي بالقاف ، وإنما هو الناطفي بالفاء كما ورد في معجم المؤلفين – اه مصححه .

ودلت المسألة على أن الصلح عن المجهول على معلوم جائز ، لأن الجهالة فيما يسقط لا تقضي إلى المنازعة .

فصل في بيع الفضولي

وقال المصنف رحمه الله (ودلت المسألة على أن الصلح عن المجهول على المعلوم جائز ، لأن الجهالة فيما يسقط لا تفضي إلى المنازعة) ودلت المسألة أيضاً على أن صحة الدعوى ليست بشرط لصحة الصلح ، لأن دعوى الحق في الدار لا تصح للجهالة ، ولهذا لا تقبل البينة عل ذلك إلا إذا ادعى إقرار المدعي عليه بالحق فحينئذ تصح الدعوى وتقبل البينة والاقرار عن المجهول جائز عندنا .

(فصل في بيع الفضولي)

أي هذا فصل في بيان حكم بيع الفضولي وهو نسبة إلى الفضول جمع الفضل ، يعني الزيادة . وفي المغرب وقد غلب جمعه على ما لا خير فيه ، حتى قيل فضول بلا فضل وسناً بلا سن ، وطولاً بلا طول ، وعرضاً بلا عرض ، ثم قيل لمن يشتغل بما لا يعنيه فضولي وهو في اصطلاح الفقهاء من ليس بوكيل وبفتح الفاء خطأ انتهى كلامه . وقيل الفضولي من يتصرف في حق الغير بلا إذن شرعي كالأجنبي يزوج أو يبيع ولم يردفي النسبة إلى الواحد ، وإن كان هو القياس لأنه صار بالغلبة كالعلم بهذا المعنى ، فصار كالأنصاري والأعرابي . وقال الاكمل مناسبة هذ الفصل بباب الإستحقاق ظاهرة ، لان بيع الفضولي صورة من صور الإستحقاق ، لان المستحق يقول عند الدعوى هذا ملكي . ومن باعك فانما باعك بغير إذني فهو عين بيع الفضولي .

قلت لا يقال مناسبة هذا الفصل بباب الإستحقاق ، وإنما يقال هذا الفصل داخل في هذا الباب الذي قبله ، لان الباب عند المصنفين إذا ذكروا فصلاً أو فصلين أو أكثر عقيب باب يقولون هذا داخل في الباب الذي قبله ، وانما يفرد دونه بالذكر لانه ليس بداخل فيه من كل وجه فافهم .

قال ومن باع ملك غيره بغير أمره فالمالك بالخيار إن شاء أجاز البيع وإن شاء فسخ . وقال الشافعي « رح » لا ينعقد لانه لم يصدر عن ولاية شرعية لانها بالملك أو بإذن المالك وقد فقدا ولا انعقاد إلا بالقدرة الشرعية . ولنا أنه تصرف تمليك

(قال) أي القدوري رحمه الله (ومن باع ملك غيره بغير إذنه فالمالك بالخيار إن شاء أجاز البيع ، وإن شاء فسخ) وبه قال مالك وأحمد في رواية (وقال الشافعي رضي الله عنه لا ينعقد) أي بيع الفضولي لا ينعقد أصلاً وعنده تصرفات الفضولي كلها باطلة في الجديد ، وبه قال أحمد في رواية ، وفي القديم كمذهبنا (لانه) أي لان بيع ملك غيره (لم يصدر عن ولاية شرعية) قال الكاكي احترز به عن الولاية الحسية ، فإنها تثبت بمجرد اليد ، سواء كانت اليد حقاً أولا . وقال غيره يعني لم يصدر عن ولاية شرعية إنه أضاف التصرف إلى محل ليس له ولاية عليه فيلغو (لانها) أي لان الولاية الشرعية تثبت (بالملك) المطلق للتصرفات (أو باذن المالك) الذي له ولاية التصرف (وقد فقدا) على صيغة المجهول ، أي فقد فقد الملك والمالك، يعني لم يوجدا (ولا انعقاداً إلا بالقدرة الشرعية) أي بالولاية الشرعية وقد عدمت، ولقوله عليه الصلاة والسلام لحكيم ابن حزام لا تبع ما ليس عندك .

(ولنا أنه) أي أن بيع الفضولي (تصرف تمليك) إلا أنه فيه من قبيل إضافة العام إلى الخاص كعلم الفقه ، فلا نزاع في ذلك ، وإنما قال تصرف تمليك ولم يقل تمليك ، لان التمليك من غير المالك لا يتصرف ، وأما كونه تصرف تمليك فلأن كون المبيع تمليك مال بمال وهو قصد إيقاعه تمليكاً في محل قابل للملك ، ولكن لا ينفذ في الحال قبل الإجازة لئلا يتضرر المالك . وقال الكاكي وقيد التصرف بالتمليك احترازاً عن تصرف هو اسقاط كالطلاق والعتاق بمال أو بغير مال من الصبي والمجنون ، فان هذه التصرفات منهما لا تصح ولا تتوقف على إجازة الولي ولا على اجازة نفسهما بعد البلوغ والإفاقة ، بخلاف ما إذا اشترى الصبي شيئاً أو تزوج امرأة أو زوج أمته ، فان هذه التصرفات منه

وقد صدر من أهله في محله ، فوجب القول بانعقاده إذ لا ضرر فيه للمالك مع تخييره، بل فيه نفعه حيث يكفي مؤنة طلب المشتري وقرار الثمن وغيره ، وفيه نفع العاقد لصون كلامه عن الإلغاء ، وفيه نفع المشتري فثبت القدرة الشرعية تحصيلاً لهذه الوجوه ، كيف وإن الإذن ثابت دلالة ، لأن العاقل يأذن في التصرف النافع

تتوقف على إجـــازة الولي أو إجازة نفسه بعد البلوغ ، ولا يجوز بنفس البلوغ بغير إجازة بعده .

(وقد صدر) أي والحال أن هذا العقد قد صدر (من أهله) وهو كونه عاقلا بالغـاً (في محله) أي في محل العقد وهو كونه مالاً متقوماً (فوجب القول بانعقاده ، إذ لاضرر فيه) أي في هذا العقد (للمالك مع تخييره) أي مع كونه مخيراً بين الإجازة والفســخ (بل فيه) أي في هذا العقد (نفعه) أي نفع للمالك (حيث يكفي مؤنة طلب المشترى وقرار الثمن وغيره) وهو حقوق العبد ، فانها لا ترجع إلى المالك (وفيه) أي في هـذا العقد (نفع العاقد لصون كلامه عن الإلغاء وفيه نفع المشتري) لانه أقدم عليه طائعـاً ولولا النفع لما أقدم (فثبت القدرة الشرعية) وهو التصرف الذي ينعقد به العقد ، وهذا جواب عن قول الشافعي رضي الله عنه ، ولا انعقاد إلا بالقدرة الشرعية (تحصيلا لهـذه الوجوه) أي لاجل تحصيل هذه الوجوه ، وهي كفاية مؤنة طلب المشترى وقرار الثمن ونفع العاقدين لصون كلامهما عن الإلغاء.

(كيف وإن الإذن ثابت دلالة) فهذا جواب عن قول الشافعي رضي الله عنه لان الولاية الشرعيـة باذن المالك وقد فقد الاذن فقال كيف لا ينعقد بيع الفضولي لعـــدم الإذن من المالك والحال أن الإذن ثابت دلالة ، أي في حق انعقادالعقد لاشتماله على النفع (لان العاقل يأذن في التصرف النافع) وقيل قوله و كيف لا ... إلى آخره جواب عما يقال القدرة بالملك أو بالاذن ولم يوجد ، فأجـــاب عن ذلك منكراً بقوله و كيف لا .. إلى آخره .

فان قيل لو كان الإذن ثابتاً دلالة فيما هو نافع يكون الرضى من المالك متحققاً دلالة ، فينبغي أن لا يثبت له الخيار . قلنا الاذن ثابت دلالة فيما هو نافع لا فيما هو ضـار ، وفي الإنعقاد نفع فيثبت من وجه في انعقـاده بغير اختياره ضرر فلا يثبت الإذن في حقه فلذلك يخير . والجواب عن حديث حكيم بن حزام الذي استدل به الشافعي رضي الله عنـه وهو نهيه عليه الصلاة والسلام عن بيع ما ليس عنده لأن مطلق النهي يوجب فساد النهي عنه أنه كان يبيعه ثم يشتريه ويلزمه تسليمه بحكم ذلك العقد . والدليل عليه أنه قال يا رسول الله ﷺ إن الرجل يأتيني فيطلب مني سلعة ليست عندي فأبيعها منه ثم أدخل السوق فأشتريها فأسلمها ، فقال عليه الصلاة والسلام لا تبع ما ليس عندك .

وقال الأترازي في استدلال أصحابنا ولنا ما روى أصحابنا في كتبهم كالاسرار وغيره في حديث عروة البـارقي ان النبي ﷺ أعطى له ديناراً يشتري به أضحية ، فاشترى شاتين ، فباع إحداهما بدينار وجاء بالشاة والدينار الآخر إلى النبي ﷺ ، وأخبره بذلك فقال ﷺ بارك الله في صفقتك ، فأما الشاة فضح بها ، وأما الدينار فتصدق به فقد باع مـا اشترى له عليه الصلاة والسلام بغير أمره . وأجـاز عليه الصلاة والسلام بيعه ، ثم قـال وفي كتب الحديث وإن عروة البارقي وحكيم بن حزام يعني روى الحديث عن الاثنين .

قلت أما حديث عروة البارقي فرواه الترمذي حدثنا أحمد بن سعيد الدارمي ثنا حبان ثنا هارون بن موسى ثنا الزبير بن الحر عن أبي لبيد عن عروة البارقي قال دفع إلى رسول الله ﷺ ديناراً لأشتري له شـاة فاشتريت له شاتين ، فبعث أحدهما بدينار وجئت بالشاة والدينـار إلى النبي ﷺ فذكر له ما كان من أمره فقال بارك الله لك في صفقة يمينك ، فكان يخرج بعد ذلك إلى كناسة الكوفة فيربح الربح العظيم فكان من أكثر أهل الكوفة مالاً ، وأخرجه ابن ماجة عن أحمد بن سعيد . وأما حديث حكيم بن حزام فرواه الترمذي أيضاً حدثنا أبو كريب حدثنا أبو بكر بن عياش عن أبي حصين عن حبيب بن أبي ثابت عن حكيم بن حزام أن رسول الله ﷺ بعث حكيم بن حزام يشتري له أضحية بدينار

قال وله الإجـازة إذا كان المعقود عليه باقياً والمتعاقدان بحالهما لان الإجازة تصرف في العقد ، فـــلا بد من قيامه وذلك لقيام العاقد والمعقود عليه ، وإذا أجـاز المالك كان الثمن مملوكاً لـه أمانة في يـــده

قال فاشترى أضحية فاربح فيها ديناراً فاشترى أخرى مكانها فجاء بالأضحية والدينار إلى رسول الله ﷺ فقال ضح بالشاة وتصدق بالدينار ، ورواه أبو داود أيضاً عن محمد ابن كثير . ولمـــا أخرج الترمذي الحديثين لم يسكت عنهما ، بل قال وحبيب بن ثابت لم يسمع عندي حكيم بن حزام وأبو لبيد اسمه لمازة ، وفي اسناد أبي داود مبهم .

وقيل حديث حكيم لا يصح لأنه اما منقطع أو في اسناده مجهول . قلت الإنقطاع في اسنـاد الترمذي والمجهول في اسناد أبي داود وقال ابن العربي حديث عروة صحيح ، وأما الإبهام الذي في اسناده أبي داود فإنه روي عن شبيب عن عرقده حدثني الحي عن عروة البارقي الحديث ، وقال الخطابي يعني الحي حدثوه وما كان سبيله هذا من الرواة لم تقم به الحجة ووقع في رواية الكرخي عن شبيب عن عرقده يسمعه من قومه عن عروة البـــارقي ، وروي أيضاً عن حديث شعبان عن شبيب بن عرقدة قال أخبرنا الحسن عن عروة البارقي الحديث ، وهذا الاسناد ما فيه إبهام وهو صحيح كما قاله ابن المغربي .

(قال) أي القدوري (وله الإجازة) أي وللمالك إجازة البيع الذى عقد الفضولي (إذا كان المعقود عليه باقياً والمتعاقدان بحالهما ، لأن الإجازة تصرف في العقد فلا بد من قيامه) أي من قيام العقد (وذلك) أي قيام العقد (لقيام العاقد والمعقود عليه) كما في الانشاء وبقاء الفضولي إنما يشترط لصحة الإجازة في البيع إلا في النكاح حتى لو زوج رجل ابنتــه الصغيره من رجل غـــائب ثم مـــات الأب وبلغ الزوج النكاح فأجاز ذلك فهو جـــائز وهذا نص أن بموت الأب لا ينقطع نكاح الصغيرة ، كذا في فصول الأستروشي « رح » .

(وإذا أجاز المالك) البيع (كان الثمن مملوكاً له) أي للمالك (أمانة في يده) أي في

بمنزلة الوكيل ، لان الإجازة اللاحقة بمنزلة الوكالة السابقة وللفضولي أن يفسخ قبل الإجازة دفعاً للحقوق عن نفسه ، بخلاف الفضولي في النكاح ، لانه معبر محض ،

يد الفضولي (بمنزلة الوكيل) بالبيع إذا باع وقبض الثمن فإنه أمانة في يده (لأن الإجازة اللاحقة) في بيع الفضولي (بمنزلة الوكالة السابقة) في البيع بالوكالة من حيث أن كلا منهمـــا يثبت الحكم ويرفع المـــانع ، والمال في يد الوكيل أمانة ، فكذا في يد الفضولي .

فإن قلت ليس كذلك ، فإن المشترى من الفضولي اذا باع ثم أجاز المالك المبيع بطل البيع الثاني ، ولو كان البيع الأول صدر من الوكيل لا يبطل البيع الثاني . قلت المالك البـات إذا طرأ على ملك موقوف أبطله ، وقد طرأ الملك البات للمشترى الأول فأبطل الملك الموقوف الذى كان للمشترى الثـــاني ، ونظيره تزوج أمة بغير إذن مولاها فمات المولى فإنه لا ينعقد بإجـازة الوارث ، لأن ملك التزوج للأمة موقوف ، وملك الوارث فيها ملك بات فيبطل الملك الموقوف بطرثان ذلك الملك البات .

(وللفضولي أن يفسخ قبل الإجازة) أى قبل إجازة المالك المبيع (دفعاً للحقوق عن نفسه) لما أن الحقوق ترجع إلى الوكيل وهو ما بالإجازة يصير بمنزلته في رجوع الحقوق إليه فله أن يفسخه لدفع الضرر عن نفسه ، وكذلك للمشترى أن يفسخه . فإن قيل في القول بجواز فسخه قبل الإجـــازة ضرر للمالك كما ذكرنا أن للمالك فيه نفع فيفوت ذلك بالفسخ ، قلنا ضرر للمالك يحصل في ضمن دفع الضررعن نفسه ، فلا يعتبر .

(بخلاف الفضولي في النكـاح) حيث لايجوز له أن يفسخه قبل إجازة الموقوف له أو فسخه لأن الحقوق لا ترجع إليه (لأنه معبر محض) وسفير ، فإنه لما أعبرانتهى أمره فصار بمنزلة الأجنبي ، بخلاف الفضولي في البيـع ، لأنه لا يثني أمره بالبيع لما ذكرناأن الحقوق مرجع إليه . وقال الكاكي قال شيخي العلامة صاحب النهاية رحمه الله هذا إذا كان الفسخ بالقول ، أما إذا كان الفسخ بالفعل بأن يتزوج الفضولي امرأة برضاها فقيل

هذا إذا كان الثمن ديناً ، فإن كان عرضاً معيناً إنما تصح الإجازة
إذا كان العرض باقياً أيضاً ثم الإجازة إجازة نقد لا إجازة عقد ،
حتى يكون العرض الثمن مملوكاً للفضولي وعليه مثل المبيع إن
كان مثلياً أو قيمته ، لانه شراء من وجه والشراء

إجـازة زوج أختها كان ذلك نقضاً للنكاح الأول ، كذا ذكره في الفضول الأستروشية (وهذا) أي مـا قلنا من قيام المتعاقدين والمعقود عليه (إذا كان الثمن ديناً) في بيع الفضولي كالدراهم والدنانير والفلوس والكيلي والوزني الموصوف في الذمة بغير عينه .

(فإن كان عرضاً) أي مما يعين بالتعيين (معيناً) عين في العقد (إنما تصح الإجازة إذا كان العرض باقياً أيضاً) فها هنا قيـام خمسة أشياء يشترط البائع والمشترى والمالك والمبيع وقيام ذلك العرض فيما إذا كان الثمن ديناًيشترط قيام الأربعة من الخمسة المذكورة فقط ، والخـامس وهو العرض ليس بشرط . وفي الفصل الأول قيام الثمن في يد البائع ليس بشرط، فإن أجاز المالك بعد قيام الأربعة جاز البيع ، ولو لم يجز المالك البيع وفسخه انفسخ البيع ، وله أن يسترد المبيع ويرجع المشترى بالثمن على البائع إن كان نقده ، ولو مات المالك قبل الإجازة انفسخ البيع .

(ثم الإجازة) أي الإجازة في بيع المقايضة يعني فيما إذا كان الثمن عرضاً (إجازة نقد) أي ينقد الثمن من ماله ، لأن العوضين إذا كانا عرضاً كان العقد شراء من وجه والشراء لا يتوقف بل ينفذ على الفضولي ، فيصير ملكاً له ، وبإجازة المـالك لا ينتقل الملك إليه فيكون تأثير الإجازة في أن ينقد الفضولي الثمن من مال المخبرة ، وهذا استقراض حصل في ضمن الشراء فيصح حكماً له كما لو قال اشتري لي عبد فلان بعبدك هذا فاشتراه جاز وعلى الآمر قيمة عبد المأمور ، لأنه صار كالمستقرض لعبده فيجب عليه مثله إن كان مثلياً وقيمته إن لم يكن (لا إجازة عقد) لأنه نقد (حتى يكون العرض الثمن مملوكاً للفضولي) كما ذكرناه الآن (وعليه) أي على الفضولي (مثل المبيع إن كان مثلياً أو قيمته إن لم يكن مثلياً لأنه) أي لان البيع بالعرض (شراء من وجه) لأنه بيع مقايضة (والشراء

لا يتوقف على الإجازة . ولو هلك المالك لا ينفذ بإجازة الوارث في الفصلين ، لانه توقف على إجازة المورث لنفسه فلا يجوز بإجازة غيره ولو أجاز المالك في حياته ولا يعلم حال البيع جاز البيع في قول أبي يوسف « رح » أولاً ، وهو قول محمد « رح » لان الأصل بقاؤه

لا يتوقف على الإجـــازة) أي على إجازة من اشترى له ، لأن الأصل في التصرفات النفاذ والتوقف للضرورة ، ولأن الأصل في تصرف الانسان أن يكون واقفاً على نفسه .

فإن قلت لو كان كذلك لمـــا صح العقد إذا باع الوكيل بالعرض ، لأن الموكل وكله بالبيع لا بالشراء . قلت صح لأن التوكيل بالبيع مطلق ، والبيع يكون بالدين والعين ، والموكل عالم بذلك ، فلما أطلق الوكالة صار كأنه قال بعه بأي طريق شئت ، فيجوز بأي طريق باع .

(ولو هلك المالك لا ينفذ بإجازة الوارث) أي وارث المالك (في الفصلين) أي فيما اذا كان الثمن عرضاً أو ديناً .

فإن قلت هو في الفصل الثاني مشري فكان ينبغي أن ينفذ الشراء في حق الفضولي قلت لا ينفذ لعجزه عن تسليم الثمن ، لأنه ملك الغير وقد مات المالك قبل الإجازة .

(لأنه) أي لأن بيع الفضولي (توقف على إجـــازة المورث لنفسه فلا يجوز بإجازة غيره) لأن الإجازة عبارة عن اختيار العقد الذي باشره الفضولي والاختيار لايحتمل النقل لأنه لا يتصور في الأعراض .

فإن قلت يشكل بأمة تزوجت بغير إذن مولاها ثم مات المولى فإنه ينعقد بإجازة الوارث إذا لم يحل له وطئها ، قلت الأمة تتصرف بأهليتها لأنها باقية على أصل الحرية فيما هو من خواص الآدمية ، والنكـــاح من خواصها . وانما يتوقف على إجازة المالك كيلا يتضرر الوارث مالك كالمورث ، ولم يثبت له ملك بات ليبطل الملك الموقوف .

(ولو أجاز المالك في حياته) ثم مات (ولم يعلم حال المبيع) يعني باق أو غير باق (جاز البيع في قول أبي يوسف « رح » أولاً ، وهو قول محمد « رح » لأن الأصل بقاؤه ،

ثم رجع أبو يوسف « رح » وقال لا يصح حتى يعلم قيامه عند الإجازة لأن الشك وقع في شرط الإجازة فلا يثبت مع الشك . قـــال ومن غصب عبداً فباعه واعتقه المشتري ثم أجاز المولى البيع فالعتق جائز استحساناً ، وهذا عند أبي حنيفة « رح » وأبي يوسف . وقـــال محمد « رح » لا يجوز لأنه لا عتق بدون الملك ، قال عليه السلام لا عتق فيما لا يملك ابن آدم ، والموقوف

ثم رجع أبو يوسف وقال لا يصح حتى يعلم قيامه عند الإجازة ، لأن الشك وقع في شرط الإجازة) وهو بقاء المسمى (فلا يثبت مع الشك) فإن قلت الشك يساوي الطرفين وقد ترجح جانب الوجود هنا. قلت استنادصاحب الحال لا يصح للاثبات ، فسقط اعتبار ترجيح جانب الوجود ، فصار متساوي الطرفين لتحقق الشك .

(قـــال) أي محمد في الجامع الصغير (ومن غصب عبداً فباعه وأعتقـه المشتري ثم أجاز المولى البيع فالعتق جائز) من المشتري (استحساناً ، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف « رح ») ذكر هذه المسأله في الجامع الصغير ولم يذكر فيها الاختلاف ، ولهذا قالوا في شروح الجامع الصغير أن العتق جائز استحساناً في قول أبي حنيفة وأبي يوسف .

(وقال محمد « رح » لا يجوز) قياساً ، وبه قال زفر والشافعي ومالك وأحمد وهو رواية عن أبي يوسف ، وهذه المسألة هي المسألة التي جرت المحاورة بين أبي يوسف ومحمد حين عرض هذا الكتاب عليه فإن أبا يوسف قال ما رويت لك عن أبي يوسف « رح » أن العتق جائز ، وإنما رويت أن العتق باطل . وقال محمد «رح» بل رويت لي أن العتق جائز (لأنه) أي لأن الشأن (لا عتق بدون الملك) عن أبي حنيفة (قال عليه السلام) أي قـــال النبي ﷺ (لا عتق فيما لا يملك ابن آدم) هـــذا الحديث أخرجه أبو داود والترمذي واللفظ للترمذي عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قـــال قال رسول الله ﷺ لانذر لابن آدم فيما لا يملك ، ولا عتق له فيما لا يملك ، ولا طلاق له فيما لا يملك وقال حديث حسن صحيح وقد تقدم في كتاب العتق مع الكلام فيه مقتضى (والموقوف

لا يفيد الملك ، ولو ثبت في الآخرة يثبت مستنداً أو هو ثابت من وجه دون وجه والمصحح للإعتاق الملك الكامل لما روينا ، ولهذا لا يصح أن يعتق الغاصب ثم يؤدي الضمان ولا أن يعتق المشتري والخيار للبائع ثم يجيز البائع ذلك . وكذا لا يصح بيع المشتري من الغاصب فيما نحن فيه مع أنه أسرع نفاذاً حتى نفذ من الغاصب إذا أدى الضمان . وكذا لا يصح اعتاق

لا يفيد الملك) أي الموقوف نفوذه على إجازة مالك ظاهر الملك وهو المغصوب منه ، ألا ترى أن بيع الفضولي لا يفيد الملك للمشتري في الحال بالإجماع ولا ملك للمشتري من الغاصب في الحال .

(ولو ثبت في الآخرة) بالفتحات بمعنى الأخير (يثبت مستنداً) إلى سببه وهو بيع الغاصب منه (وهو) أي الملك الثابت بطريق الاستناد (ثابت من وجه دون وجه ، والمصحح للإعتاق الملك الكامل لما روينا) وهو قوله عليه السلام لا عتق فيما لا يملك ابن آدم (ولهذا) هذا استيضاح من المصنف بفروع تؤنس ذلك منها قوله (لا يصح أن يعتق الغاصب ثم يؤدي الضمان) وهو راجع إلى قوله لأنه لاعتق بدون الملك ، فالغاصب إذا أعتق ثم أدى الضمان لا يعتق ، وإن كانت المضمونات تملك مستنده إلى أول المسبب لما قلنا أن الملك المستند ثابت من وجه دون وجه ز ولا أن يعتق المشتري والخيار للبائع ثم يجيز البائع ذلك) هذا راجع إلى قوله والموقوف لا يفيد الملك حاصله أنه لا ينفذ عتق المشتري العبد ، والحال أن البائع كان بالخيار ثم أجاز البيع .

(وكذا لا يصح بيع المشتري من الغاصب) يعني أن المشتري من الغاصب اذا باع العبد المغصوب من الغير ثم أجاز المالك البيع الأول لا يصح هذا البيع الثاني ، فكذلك إذا أعتق ينبغي أن يكون كذلك ، وأراد بقوله (فيما نحن فيه) المسألة المصدرة بقوله ومن غصب عبداً فباعه وأعتقه المشتري إلى آخره ، فالعتق لا يصح عند محمد كما ذكر (مع أنه) أي أن البيع (أسرع نفاذاً) من العتق أي أقل احتياجاً إلى الملك في النفوذ من العتق (حتى نفذ) أي البيع (من الغاصب إذا أدى الضمان ، وكذا لا يصح اعتاق

المشتري من الغاصب إذا أدى الغاصب الضمان . ولهما أن الملك يثبت موقوفا بتصرف مطلق موضوع لإفادة الملك ولا ضرر فيه على ما مر ، فيتوقف الإعتاق مرتباً عليه وينفذ بنفاذه ، وصار كإعتاق المشتري من الراهن وكإعتاق الوارث عبداً من التركة وهي مستغرقة بالديون يصح وينفذ إذا قضى الديون بعد ذلك

المشترى من الغاصب اذا أدى الغاصب الضمان) يعني إذا باع الغاصب ثم أدى الضمان يعني المشتري من الغاصب إذا أعتق العبد الذى اشتراه منه ثم ملكه الغاصب باداء الضمان وأجاز العتق لا ينفذ .

(ولهما) اى ولأبي حنيفة وأبي يوسف « رح » (أن الملك يثبت موقوفاً) أى ثبت ملك المشترى من الغاصب موقوفاً على إجازة مالك العبد (بتصرف مطلق) بفتح اللام وقيل بالكسر ، والأول أشهر ، واحترز به عن البيع بشرط الخيار ، لأن الملك ثمة لم يثبت أصلا لا موقوفاً ولا باتاً ووصف المطلق بوصفين أحدهما وهو قوله (موضوع لإفادة الملك) واحترز به عن الغصب فإنه لم يوضع لإفادة الملك ، والآخر بقوله (ولاضورفيه) أي في اعتاق المشتري (على ما مر) أشار به إلى قوله إذ لا ضرر فيه للمالك مع تخيره ، كذا قاله الكاكي . وقال الأترازي على ما مر إشارة إلى قوله ولنا أنه تصرف تمليك وقد صدر من أهله في محله إلى آخره . قلت الأول أظهر (فيتوقف الإعتاق مرتباً عليه) أي على الملك الموقوف (وينفذ) أي الاعتاق (بنفاذه) أي بنفاذ الملك ، لأنه من حقوقه ، والشيء إذا فقد فقد بحقوقه ، وإذا توقف توقف بحقوقه .

(وصار) أي إعتاق المشتري من الغاصب (كاعتاق المشتري من الراهن) فإنه يتوقف نفاذه على إجازة المرتهن أو فك الرهن ، والجامع بينهما لأنه اعتاق في بيع موقوف (وكاعتاق الوارث عبداً من التركة وهي) أي التركة ، والحال أي والحال أن التركة (مستغرقة بالديون يصح) أي الإعتاق موقوفاً (وينفذ إذا قضى الديون بعد ذلك) أي بعد اعتاق الوارث ثم شرع المصنف في الجواب عن المسائل المذكورة التي ذكرها محمد تأثماً لما ذهب إليه ،

بخلاف إعتاق الغاصب بنفسه ، لأن الغصب غير موضوع لإفادة الملك . وبخلاف ما إذا كان في البيع خيار للبائع لأنه ليس بمطلق ، وقران الشرط بـــه يمنع انعقاده في حق الحكم أصلاً . وبخلاف المشتري من الغاصب إذا باع ، لأن بالإجازة يثبت للبائع ملك بات ، فإذا طرأ على ملك موقوف لغيره أبطله

فقال (بخلاف اعتاق الغاصب بنفسه) حيث لم ينفذ بعد ضمان القيمة (لأن الغصب غير موضوع لإفادة الملك) لأنه عدوان محض ، وهذا التعليل لا يتم ، لأنه يرد عليه أن ينفذ بيعه أيضاً عند إجازة المالك لأنه لم يوضح لإفادة الملك كما لا ينفذ عتقه ، لما أن كلا من جواز البيع والعتق يحتـــاج إلى الملك ، ولكن وجه تمام التعليل مما ذكره في المبسوط بخلاف الغاصب إذا أعتق ثم ضمن القيمة ، لأن المستند له حكمة الملك لا حقيقة الملك ، ولهذا لا يستحق الزوائد المنفصلة وحكم الملك يكفي لنفوذ البيع دون العتق كحكم ملك المكـــاتب في كسبه ، وها هنـــا الثابت للمشتري من وقت العقد حقيقة الملك ، ولهذا استحق الزوائد المتصلة والمنفصلة جميعـــاً ، لأن الملك ثبت مطلقـــاً لا ضرورة إذا الضمان .

(وبخلاف ما إذا كان في البيع خيار للبائع) حيث لا ينفذ العتق (لأنه) أي لأن البيع بالخيـــار (ليس بمطلق) أي غير تام (وقران الشرط به) أي بالبيع أو بالعقد (يمنـــع انعقـــاده في حق الحكم أصلا) فكان الملك معدوماً مع وجود الخيار المانع ، فلم يصادف إعتاق المشتري محلا مملوكاً له فيلغى.

(وبخلاف المشتري من الغاصب إذا باع) هذا جواب عن المسألة الثالثة بيانه أن الذي اشترى من الغاصب إذا باع ما اشتراه لا يتوقف بيعه بل يبطل (لأن بالإجـــازة) أي بإجازة المبيع الأول (يثبت للبائع) وهو المشتري من الغاصب (ملك بات) أي من كل وجه (فإذا طرأ) أي الملك البـــات (على ملك موقوف لغيره) أي لغير المشتري من الغاصب (أبطله) أي أبطل الملك الموقوف لغيره ، لأنه لا يتصور اجتماع البات مع

وأما إذا أدى الغاصب الضمان ينفذ اعتاق المشترى منـــه ، كذا ذكره هلال وهو الأصح .

الموقوف في محل واحد والبيع بعدمــا بطل لا يلحقه الإجازة ، وكذا لو وهبه مولاه للغـــاصب أو تصدق به عليه أو مات فورثه فهذا كله مبطل للملك الموقوف يطرأ الملك البات على الملك الموقوف .

فإن قيل يشكل على هذا الأصل ما إذا باع الغاصب ثم أدى الضمان ينقلب بيع الغاصب جائزاً ، وإن طرأ الملك الذى يثبت للغاصب بأداء الضمان على ملك المشترى الذى اشتراه منه وهو موقوف . قلنا إن ثبوت الملك للغاصب ضرورى ثبت له ضرورة وجوب الضمان ، فلم يظهر في حق إبطال ملك المشترى .

فإن قيل لو كان الملك البات يبطل الملك الموقوف فأولى أن يمنعه ، لأن المنع أسهل من الرفع ، فعلى هذا يجب أن لا ينعقد بيع الفضولي ، لأن للمالك ملكاً باتاً فيجب أن يمنع الفضولي من الانعقـــاد لعدم اجتماع الملك الموقوف مع البات . قلنا البيع الموقوف غير موجود في حق المالك بل يوجد من الفضولي ، والمنع انما يكون بعد الوجود ، أى وجود المعارض ولا معارض هنا ، بخلاف ما نحن فيه . فإن الملك البات ثبت للفضولي ، والملك الموقوف ظهر في حقه فوقع التعارض بين الملكين فيرفع البات الموقوف . وقال الأكمل وفيه نظر لأنه يكون بعد الوجود رفع لا منع ، وفي الحقيقة هو مغالطة وإن كلامنا في أن طرأ الملك البات يبطل الموقوف وليس ملك المالك طارئاً حتى يتوجه السؤال .

(وأما إذا أدى الغاصب الضمان) هذا جواب عن المسألة الرابعة بيانه أن الغاصب اذا أدى الضمان فلا نسلم له وإن أعتاق المشترى منه لا ينفذ كما قال محمد (ينفذ اعتاق المشترى منه) أى من الغـــاصب (كذا ذكره هلال) وهو هلال الرى بن يحي البصرى صاحب الوقف ، ومن قـــال أنه الزازي فقد صحف (وهو الأصح) أي نفذ إعتاق المشترى من الغاصب هو الأصح ، وفيه إشارة إلى أن فيه إختلاف المشايخ . وقال علاء الدين العالم في طريقة الخلاف فيه اختلاف المشايخ والأصح أنه ينفذ ، وإليه أشار في وقف

قال فإن قطعت يد العبد فأخذ إرشها ثم أجـــاز البيـع فالإرش للمشتري ، لان الملك تم له من وقت الشراء فتبين أن القطع حصل على ملكه،وهذه حجة على محمد «رح»

هلال ، فإنه نفذ وقف المشترى من الغـــاصب إذا ملكه الغائب بالضمان والوقف تحرير الأرض كالإعتاق تحرير العبد .

(قـــال) أي محمد « رح » في الجامع الصغير (فإن قطعت يد العبد) أى في يد المشترى من الغـــاصب (فأخذ) أى المشترى (إرشها ثم أجاز)أى المولى (البيع) أى بيع الغاصب (فالإرش) أى فارش اليد (للمشترى لأن الملك قد تم له) بعد الإجازة (من وقت الشراء فتبين أن القطع حصل على ملكه) قال الاكمل واعترض بما إذا غصب عبداً فقطعت يده وضمنه الغاصب فانه لا يملك الأرض ، وإن ملك المضمون، والفضولي إذا قال لامرأة أمرك بيدك فطلقت نفسها ثم بلغ الخبر الزوج فأجاز صح التفويض دون التطليق وإن ثبت المالكية لها من حين التفويض حكماً للإجازة . واجيب عن الأول بأن الملك في المغصوب ثبت ضرورة على ما عرف وهي تندفع ثبوته من وقت الأداء فلا تملك الإرش لعدم حصوله في ملكه . وعن الثاني بأن الأصل أن كل تصرف يوقف حكمه على شيء أن يجعل معلقاً بالشرط لا سبباً منه وقت وجوده لئلا يتخلف الحكم عن السبب إلا فيمـــا لا يحتمل التعليق بالشرط كالبيع ونحوه ، فإنه يعتبر سبباً من وقت وجوده متأخراً حكمه إلى وقت الإجـــازة فعندهما يثبت الملك من وقت العقد والتفويض مما يحتمله ، فجعل الموجود من الفضولي معلقاً بالإجازة فعندهما يصير كأنه وجد الآن فلا يثبت حكمه إلا من وقت الإجازة .

(وهذا حجة على محمد « رح ») قـــال الأترازي إن كون إرش اليد للمشتري بعد الإجـــازة حجة عليه ، يعني لما تم الملك من وقت الشراء حتى كان الإرش للمشتري كان ينبغي أن ينفذ اعتـــاق المشتري من الغاصب أيضاً عنده ، لأن الإعتاق يكون حينئذ في الملك وفي نسخة شيخي العلاء وهذه حجة على محمد . قال الكـــاكي أي هذه المسألة في بعض النسخ وهو أي قوله فتبين أن القطع ... إلى آخره ، والأول أصح . وجه كونهـــا

والعذر له أن الملك من وجه يكفي لاستحقاق الإرش كالمكاتب إذا قطعت يده فأخذ الإرش ثم رد في الرق يكون الإرش للمولى، وكذا إذا قطعت يد المشترى في يد المشتري والخيار للبائع ثم أجيز البيع والإرش للمشتري . بخلاف الإعتاق على ما مر

حجة أن الملك الثابت عنده بطريق الاستناد لا يكفي لنفوذ العتق ويكفي لاستحقاق الإرش ، وعندهما يكفي لهما وفي نسخة الأكمل وهذه أي كون الإرش للمشتري حجة على محمد في عدم تجويز الإعتـــاق في الملك الموقوف لـــا أنه لو لم يكن للمشتري شيء من الملك لـــا كان له الإرش عند الإجازة كما في الغصب ، حيث لا يكون له ذلك عند أداء الضمان .

(والعذر له) أي لمحمد قـال الكاكي أي الجواب عن هذه المسألة . وقال الأترازي أي جواب محمد عن هذا بأن يقول (إن الملك من وجه يكفي لاستحقاق الارش) والثابت بالاستنـــاد ملك من وجه دون وجه (كالمكاتب إذا قطعت يده وأخـــذ الإرش ثم رد في الرق يكون الإرش للمولى ، وكذا) أي وكذا الحكم (إذا قطعت يد المشترى) بفتح الراء وهو العبد (في يد المشتري) بكسر الراء (والخيار للبائع) الواو فيه للحال (ثم أجيز البيع فالإرش للمشتري) بكسر الراء (بخلاف الإعتاق) حيث لا ينفذ عتاق المشتري فيما إذا كان الخيار للبائع (على ما مر) إشارة إلى قوله والمصحح للإعتاق هو الملك الكامل لا الملك من وجه دون وجه . وفي النهاية قوله على ما مر هو قوله وبخلاف ما إذا كان في البيع خيار البائع لأنه ليس بمطلق ، وقران الشرط به يقع إنعقاده . وقال الأكمل وقيل بخلاف الأعتاق متعلق بقوله أن الملك من وجه الاستحقاق الإرش ، يعني إن أعتاق المشتري من الغاصب بعد الإجازة لاينفذ عند محمد ، لأن المصحح للإعتاق وهو الملك الكـــامل لا الملك من وجه دون وجه . وقوله على ما مر إشارة إلى قوله والصحيح الإعتاق هو الملك الكامل ، وهذا أقرب ، قلت أي أقرب من الوجـــه الذي ذكره في النهاية . ووجه الأقربية ما ذكرناه ، وهو الذي ذكره الشراح .

ويتصدق بما زاد على نصف الثمن لأنه لم يدخل في ضمانه أو فيه شبهة عدم الملك . قال فإن باعه المشتري من آخر ثم أجاز المولى البيع الأول لم يجز البيع الثاني لما ذكرنا ، ولأن فيه غرر الانفساخ على اعتبار عدم الإجازة في البيع الأول والبيع يفسد به .

(ويتصدق) أى المشتري من الغاصب (بما زاد) من إرش اليد(على نصف الثمن) لأن إرش اليد الواحدة في المرء نصف الدية ، وفي العبد نصف القيمة والذى دخل في ضمان المشترى بمقابلة اليد المقطوعة نصف الثمن وما زاد عليه لم يدخل في ضمانه فكان ربح ما لم يضمن فيتصدق بالفضل وهو حاصل معنى قوله (لأنه لم يدخل في ضمانه) أى لأن ما زاد على نصف الثمن لم يدخل في ضمان المشترى (أو فيه شبهة عدم الملك) تعليل آخر ، أى أو في أخذ الإرش بعد القبض شبهة عدم الملك ، لأن الملك يثبت يوم القطع مستنداً إلى وقت البيع وهو ثابت من وجه دون وجه فيكون فيه شبهة عدم الملك فلا يطيب الربح الحاصل به . وقال الأترازى وفيه نظر ، لأنه إذا كان بشبهة العدماعتبار ينبغي أن يتصدق بجميع الإرش لا بالنظر وحده ، إنتهى . قلت كان ينبغي ألا يتصدق بشيء بالنظر إلى ثبوت الملك من كل وجه ولكن لما كان غير ثابت من كل وجه يتصدق بالربح فقط بالنظر إلى عدم ثبوت الملك من كل وجه .

(قال) أى محمد في الجامع الصغير (فإن باعه المشترى من آخر) أى فإن باع المشترى من الغاصب العبد من شخص آخر (ثم أجاز المولى البيع الأول لم يجز البيع الثاني لما ذكرنا) أى بالإجازة يثبت للبائع ملك بات ، والملك البات إذا طرأ على ملك موقوف لغيره أبطله (ولأن فيه) أي في البيع الثاني (غرر الانفساخ على اعتبار عدم الإجازة في البيع الأول والبيع يفسد به) أى بالغرر ولورود النهي عن بيع فيه غرر . قيل هذا التعليل شامل لبيع الغاصب من مشتريه وبيع الفضولي أيضاً ، لأنه يحتمل أن يجيز المالك بيعها وأن لا يجيز ومع ذلك انعقد بيع الغاصب والفضولي موقوفاً . وأجيب بأن غرر الانفساخ في بيعها عارضه النفع الذى يحصل للمالك المذكور فيما تقدم ،

بخلاف الإعتاق عندهما لأنه لا يؤثر فيه الغرر . قال فإن لم يبعه المشتري فمات في يده أو قتل ثم أجاز البيع لم يجز لما ذكرنا أن الإجازة من شرطها قيام المعقود عليه وقد فات بالموت ، وكذا بالقتل إذ لا يمكن إيجاب البدل للمشتري بالقتل ، حتى يعد باقياً ببقاء البدل ، لأنه لا ملك للمشتري عند القتل ملكاً يقابل بالبدل ، فيتحقق الفوات ، بخلاف البيع الصحيح ، لأن ملك المشتري ثابت فأمكن إيجاب البدل له فيكون المبيع قائماً بقيام خلفه ،

فبالنظر إلى العذر يفسد وبالنظر إلى النفع وعدم الضرر يجوز فقلنا بالجواز الموقوف عملاً بهما .

(بخلاف الاعتاق عندهما) أى عند أبي حنيفة وأبي يوسف « رح » حيث ينفذ إعتاق **المشترى من** الغاصب بعد الإجازة على قولهما (لأنه) أى لأن الاعتاق (لا يؤثر فيه الغرر) بدليل أن المشترى لو أعتق المبيع قبل القبض يجوز ، ولو باعه لا يجوز ، وقد روى عن أبي حنيفة أنه يتوقف البيع كما يتوقف الإعتاق .

(قال) أى المصنف ، لأن محمداً لم يذكر هذه المسألة في الجامع الصغير ، ولكن الشراح ذكروها وصاحب الهداية ذكرها تفريعاً كما ذكرها الشراح (**فإن** لم يبعه المشترى) أى المشترى من الغاصب (فمات) أى العبد (في يده) أى في يد المشترى (أو قتل ثم أجاز) أى المالك (البيع) أى بيع الغاصب (لم يجز) بالاتفاق (لما ذكرنا أن الإجازة من شرطها قيام المعقود عليه وقد فات **بالموت** ، وكذا بالقتل إذ لا يمكن إيجاب البدل للمشترى بالقتل حتى يعد باقياً ببقاء البدل ، لأنه لا ملك للمشترى عند القتل ملكاً يقابله بالبدل فيتحقق الفوات . بخلاف البيع الصحيح) يعني البيع الصحيح إذا قتل العبد قبل القبض يمكن إيجاب البدل للمشترى (لأن ملك المشترى ثابت فأمكن **إيجاب البدل له فيكون المبيع** قائماً بقيام خلفه) وهو القيمة والمشترى بالخيار فإن اختار البدل كان البدل له .

قال ومن باع عبد غيره بغير أمره وأقام المشتري البينة على إقرار البائع أو رب العبد انه لم يأمره بالبيع وأراد رد البيع لم تقبل بينته للتناقض في الدعوى إذ الإقدام على الشراء إقرار منه بصحته والبينة بينته على صحة الدعوى . وإن أقر البائع بذلك عند القاضي بطل البيع إن طلب المشتري ذلك ، لأن التناقض لا يمنع صحة الإقرار فللمشتري أن يساعده على ذلك فيتحقق الإتفاق بينهما ، فلهذا شرط طلب المشتري .

(قال) أى محمد في الجامع الصغير (ومن باع عبد غيره بغير أمره) صورته في الجامع محمد عن يعقوب عن أبي حنيفه في رجل باع عبد رجل بغير أمر صاحبه فقال المشترى أرد البيع لأنك بعتني بغير أمر صاحبه وجحد البائع ذلك (وأقام المشترى البينة على إقرار البائع أو رب العبد) أى وأقام البينة على رب العبد (أنه لم يأمره بالبيع وأراد رد البيع لم تقبل بينته لمكان التناقض في الدعوى) لأن صحة البينة عند صحة الدعوى ، وهنا بطلت الدعوى (إذ الإقدام) أى لأن إقدام المشترى (على الشراء إقرار منه على صحته) أى صحة الشراء وأن البائع ملك البيع (والبينة بينته على صحة الدعوى) والدعوى غير صحيحة لما قلنا .

(وإن أقر البائع بذلك) أى بأنه باعه بغير أمره عند القاضي أو عند غير القاضي إلا أن البينة تختص بمجلس القاضي فلهذا ذكر (عند القاضي بطل البيع إن طلب المشترى ذلك) أى إبطال البيع (لأن التناقض لا يمنع صحة الإقرار) ألا ترى أن من أنكر شيئاً ثم أقر بذلك صح إقراره ، إلا أن الإقرار حجة قاصرة نافذ في حق الغير خاصة (فللمشترى أن يساعده على ذلك) أى يوافق البائع على إقراره ، فإذا ساعده (فيتحقق الاتفاق بينهما) فينفذ عليهما (فلهذا) أى فلأجل ذلك (شرط طلب المشترى) حتى يكون نقضاً باتفاقهما .

قال وذكر في الزيادات أن المشتري إذا صدق مدعيه ثم أقام البينة على إقرار البائع أنه للمستحق تقبل وفرقوا أن العبد في هذه المسألة في يد المشتري وفي تلك المسألة في يد غيره وهو المستحق ، وشرط الرجوع بالثمن أن لا يكون العين سالماً للمشتري .

ثم ذكر المصنف مسألة الزيادات نقضاً على مسألة الجامع الصغير بقوله (قال) أي المصنف (وذكر في الزيادات) في الباب الثالث من الكتاب (أن المشترى إذا صدق مدعيه) يوضحه رجل ادعى على المشترى بأن ذلك العبد له وصدقه المشترى في ذلك (ثم أقام البينة على إقرار البائع أنه) أى أن البيع (للمستحق) أى هذا المستحق (تقبل) وإن تناقض في دعواه .

(وفرقوا) أي المشايخ بين رواية الجامع الصغير والزيادات (أن العبد في هذه المسألة) أي في مسألة الجامع الصغير (في يد المشتري) فيكون سالماً له فلا يثبت له حق الرجوع بالثمن مع سلامة المبيع ، لأن شرط الرجوع بالثمن عدم سلامة المبيع (وفي تلك المسألة) أي في مسألة الزيادات (في يد غيره) أن العبد المبيع في يد غيره (وهو المستحق، وشرط الرجوع بالثمن أن لا يكون العين سالماً للمشتري) وها هنا لم يسلم فله الرجوع لوجدان شرطه . وقال الأترازي ولنا في هذا الفرق نظر ، لأن وضع المسألة في الزيادات أيضاً في أن العبد في يد المشتري ، ولئن قلنا أن العبد في يد المستحق فلا نسلم أن البينة تقبل حينئذ ، لأن التناقض في الدعوى موجود لا محالة كما بينا ، ومبنى البينة على صحة الدعوى فلم تصح فلا تصح البينة ، والأولى ان يقال أن المشتري أقام البينة على قرار البائع أو رب العبد قبل البيع في مسألة الجامع الصغير ، فلهذا لم تقبل البينة للتناقض في مسألة الزيادات أقام البينة على الإقرار بعد البيع ، فلم يلزم التناقض فقبلت البينة انتهى . وقد نقل الأكمل هذا بقوله قيل في هذا الفرق نظر إلى آخره .

ثم قال قال صاحب النهاية ولم يتضح لي فيه شيء سوى هذه بعد أن تأملت فيه برهة من الدهر وفيه نظر ، لان التوفيق في وضع الجامع الصغير ممكن لجواز أن يكون المشتري

قال ومن باع داراً لرجل وأدخلها المشتري في بنائه لم يضمن البائع عند أبي حنيفة « رح » وهو قول أبي يوسف آخراً ، وكان يقول أولاً يضمن البائع وهو قول محمد « رح » وهي مسألة غصب العقار ، وسنبينه في الغصب إن شاء الله تعالى والله أعلم بالصواب

أقدم على الشراء ولم يعلم باقرار البائع لعدم الأمر، ثم ظهر له ذلك بأن قال عدول سمعناه قبل البيع أقر بذلك ويشهدون به ، ومثل ذلك ليس بمانع ، وهذا الموضع موضع تأمل .

(قال) أي محمد في الجامع الصغير (ومن باع داراً لرجل) أي أعرضه غيره بغير أمره . وفي جامع فخر الإسلام ومعنى المسألة إذا باعها ثم اعترف بالغصب وكذبه المشتري (وأدخلها المشتري في بنائه) يعني قبضها ، وإنما قيد بهذا لأن المسألة هكذا وقعت (لم يضمن البائع) أي قيمة الدار إن أقر أنه غصب منه (عند أبي حنيفة ، وهو قول أبي يوسف آخراً وكان يقول أولا يضمن البائع وهو قول محمد ، وهي مسألة غصب العقار ، وسنبينه في الغصب) أي في كتاب الغصب (إن شاء الله تعالى) والله القادر على ذلك .

فروع : عقدان موقوفان أجيزا وتوافقا كالبيعين ثبتا ، ولو تنافيا ثبت إقرارهما كالبيع والنكاح وإلا بطلا كالنكاحين . ولو اجتمع بيعان في عقد من فضوليين وأجيزا معاً أخذ كل واحد النصف أو ترك ، لأن كل واحد شرع في العقد على أن العبد كله له ، فإذا انتصف يجوز ، والبيع أحق من النكاح والإجارة والرهن ، حتى لو باعه فضولي والآخر رهنه أو أجره أو زوجه فأجازهما المولى جاز البيع وبطل غيره ، لأن البيع أقوى لأنه يفيد ملك الرقبة ولا كذلك غيره ، والكتابة والتدبير أحق من غيرهما ، لأنهما لازمة ، بخلاف غيرها ، والهبة والإجارة أحق من الرهن ، لأن الهبة تفيد ملك الرقبة والإجارة ملك المنفعة ولا كذلك الرهن والهبة أحق من الهبة في الدار ، فإن الهبة تبطل بالشروع ويبقى البيع بلا مزاحم ، وفي العبد استويا لأن الهبة مع القبض يساوي البيع في إفادة الملك ، وكل واحد يأخذ بالنصب لأن هبة المشاع فيما لا يقيم صحيحة ، والله اعلم بالصواب .

باب السلم

(باب السلم)

أي هذا باب في بيان احكام السلم . ولما فرغ من أنواع البيع التي لايشترط فيها قبض العوضين او أحدهما شرع في بيان مايشترط فيه ذلك وقدم السلم على الصرف لكون الشرط فيه قبض أحد العوضين فهو منزلة المفرد من المركب ، والمفرد مقدم . وقال الكاكي والهمزة فيه للسلب ، أي أزال سلامة الدراهم بالتسليم إلى مفلس في مؤجل ، او هو من التسليم ، لأن تسليم رأس المال فيه لازم ، وفيه تأمل . وفي الإيضاح السلم لغة عبارة عن الاستعجال والسلم والسلف ، يعني واحد وخص هذا النوع بهذا الإسم ، لأن شرعيته كانت لمعنى يخص رأس المال وهو استعجاله وتحصيله قبل وجود المبيع ، لأن الحاجة إليه .

وقيل سمي به لكونه معجلا على وقته ، فإن أوان البيع عند وجود المبيع المعقود عليه في ملك العاقد ، والسلم عادة إنما يكون فيما ليس بموجود في ملكه فيكون معجلا على وقته ، وكذا في الكافي . وقال صاحب التحفة السلم عقد يثبت الملك في الثمن عاجلا . وفي الثمن أجلا يسمى سلما وإسلاما وسلفا وإسلافا لما فيه من تسليم رأس المال للحال .

وفي عرف الشرع عبارة عن هذا أيضا مع زيادة شرائط ، ورد الشرع بها لم يعرفها أهل اللغة . وقال الاكمل السلم في اصطلاح الفقهاء أخذ عاجل ، ورد بأن السلعة إذ بيعت بثمن مؤجل وجد فيه هذا المعنى وليس بسلم ، ولو قبل بيع آجل بعاجل لاندفع ذلك ، وكذا قال الأترازي فمن هذا عرفت قسما . وما قيل في بعض الشروح أن السلم أخذ عاجل بآجل ، لان السلعة إذا بيعت بثمن مؤجل يوجد هذا المعنى وليس بسلم انتهى . قلت في كلام الأكمل نسبة الفقهاء إلى الخطأ . وفي كلام الأترازي نسبة بعض الشراح إليه ولا ينبغي هذا ، والظاهر أنه لم يقل هكذا أحد منهم ، وإنما هذا وقع هكذا تحريفا من

السلم عقد مشروع بالكتاب وهو آية المداينة فقد قال ابن عباس أشهد أن الله تعالى أحل السلف المضمون وانزل فيها أطول آية في كتابه وتلا قوله تعالى ﴿ يا أيهـــا الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه ﴾ ... الآية ٢٨٢ البقرة ،

النساخ الجهلة ، فاستمر النقل على هذا التحريف ، وإنمـا قالوا السلم أخذ آجل بعاجل فلا يرد عليه شيء . وركن السلم الإيجاب والقبول بأن يقول رجل لآخر أسلمت إليك عشرة دراهم في كر حنطة ، او قال أسلفت وقال الآخر قبلت ،ويسمى صاحب الدراهم رب السلم والمسلم أيضاً ، ويسمى الآخر المسلم إليه والحنطة المسلم فيه . ولو قال المسلم إليه لآخر بعت منك كر حنطة هكذا وذكر شرائط المسلم ينعقد أيضاً ، لأن السلم نوع بيع وشرائط تذكر عند قوله ولايصح السلم عندأبي حنيفة إلا بسبعة شرائط ، وحكمه ثبوث الملك لرب السلم في المسلم فيه مؤجلا بمقابلة ثبوت الملك في رأس العين أو الموصوف للمسلم إليه معجلا بطريق الرخصة دفعاً لحاجة الناس .

(السلم عقد مشروع بالكتاب، وهو آية المداينة) وهو قوله تعالى ﴿ياأيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين﴾ ... الآية ٢٨٢ البقرة ، وهي أطول آية في القرآن يعني إذا تداينتم بدين مؤجل أي مؤجل إلى أجل مسمى فاكتبوه ، وفائدة قوله مسمى الإعلام بأن من حق الأجل أن يكون معلوماً ، ومعنى تداينتم بدين إذا تداين بعضكم بعضاً ، يقال داينت الرجل إذا عاملته بدين معطياً أو أخذا كما تقول بائعة إذا بعته أو باعك . (فقد قال ابن عباس رضي الله عنهما أشهد أن الله أحل السلف المضمون وأنزل فيها أطول آية في كتابه قوله تعالى ﴿ يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين ﴾ ... الآية ٢٨٢ البقرة) هذا رواه الحاكم فيمستدركه في تفسير سورةالبقرة عن أيوب عن قتادة عن أبي حسام الأعرج عن ابن عباس قال أشهد أن السلف المضمون الى اجل مسمى قد أجله الله في كتابه وأذن فيه ، قال الله تعالى ﴿ يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه ﴾... الآيه ، وقال حديث صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه .

وبالسنة وهو ما روي أنه عليه السلام نهى عن بيع ما ليس عند الإنسان ورخص في السلم

وكذلك رواه الشافعي في مسنده ومن طريقه رواه البيهقي في المعرفة ورواه عبد الرزاق وابن أبي شيبة في مصنفيهما وقال مخرج الأحاديث ورأيت بعض مصنفي زماننا اسندوا هذا الحديث إلى البخاري وهو غلط ولم يخرج البخاري في صحيحه لأبي حسام الأعرج شيئاً واسمه مسلم .

قوله أحل السلف المضمون أي المؤجل ، وهذا جاء في رواية اخرى أنه تعالى أحل السلف المؤجل ، وقيل أن السلف الواجب في الذمة . وقوله المضمون صفة السلف والسلف متميز لا مميز كما في قوله تعالى « النبيون الذين أسلموا » وكقولهم الحبشي الأسود والكافور الأبيض ، وهذا لأن المسلم فيه واجب في الذمة لامحالة . وقيل مميزه لأن السلف يطلق أيضاً على معنى آخر يقال سلف الرجل آباؤه الأقدمون . قوله وانزل فيه وفي بعض النسخ وأنزل فيها ، وكذا في نسخة شيخي العلاء . وقال الأترازي في السلف وإنما أنث الضمير على تأويل المداينة ، ومثل ذلك حاكما روى صاحب الجمهرة عن أبي حـــاتم الأصمعي قال أبو عمر بن العلاء سمعت أعرابياً يمانياً يقول لفلان لغوب جاءته كتابي فاحتقرها ، فقلت أتقول جاءته كتابي فقال أليس بصحيفة ، فقلت له ما اللغوب قال الأحمق .

(وبالسنة) هو عطف على قوله بالكتاب ، أي ومشروع بالسنة (وهو ما روي أنه عليه السلام) أى أن النبي ﷺ (نهى عن بيع ما ليس عند الإنسان ، ورخص في السلم) هذا غريب بهذا اللفظ . وقوله ورخص في السلم من تمام الحديث لامن كلام المصنف . وقال الكاكي هذا نقل الحديث بالمعنى ، ولفظ الحديث لاتبع ماليس عندك ، والصحابة رضي الله عنهم رووه بهذا اللفظ ، والمراد بما ليس عندك ماليس في ملكه ، فإنه لو كان في ملكه يجوز وإن لم يكن حاضراً إذا كان المشتري رآه قبل ذلك انتهى . قلت الظاهر أن هذا الحديث مركب من حديثين فحديث النهي عن بيع ماليس عند الإنسان أخرجه أصحاب السنن الأربعة عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عبدالله بن عمرو بن العاص رضي الله عنهما قال قال رسول الله ﷺ يحل سلف وبيع ولا شرطان في بيع ولا ربح

والقياس وإن كان يأباه ولكنا تركناه بما رويناه . ووجه القياس أنه بيع المعدوم إذ المبيع هو المسلم فيه . قال وهو جائز في المكيلات والموزونات لقوله عليه السلام من أسلم منكم فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم

ما لم يضمن ولا تبع ما ليس عندك . وقال الترمذي حديث حسن صحيح ، وأما الرخصة في السلم فأخرجه الائمة الستة في كتبهم عن أبي المنهال عن ابن عباس رضي الله عنهما قال قدم النبي ﷺ المدينة والناس يسلفون في التمر السنتين والثلاث فقال من أسلف في شيء فليسلف في كيل معلوم إلى أجل معلوم .

(والقياس وإن كان يأباه) أي السلم أي جوازه (ولكنا تركناه) أي القياس (بما رويناه) وهو الحديث الذي ذكرنا الآن (ووجه القياس أنه بيع المعدوم إذ المسلم[1] فيه هو المبيع) وفي اكثر النسخ إذ المبيع هو المسلم فيه وهو معدوم وبيع موجود غير مملوك أو مملوك غير مقدور التسليم لايصح ، فبيع المعدوم أولى وأجدر وانعقد الإجماع على جوازه باعتبار الحاجة والضرورة ، فانه يحتاج إليه الفقير والغني لأنه ربما لايكون عنده عين مال يبيعها وينفق على نفسها فيحتاج إلى أخذ السلم والغني يحتاج إلى أن ينفق على نفسه وعياله ، فيحتاج إلى الاسترباح يحصل بهذا الطريق أكثر مما يحصل بشراء الأعيان ، لأن الاعيان تشترى بمثل والدين بأقل يأكل منه فجوز باعتبار الحاجة .

(قال) أي القدوري (وهو) أي السلم (جائز في المكيلات) يعني في كل كيلي (والموزونات) يعني في كل وزني (لقوله عليه السلام) أي لقول النبي ﷺ (من أسلم منكم فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم) هذا الحديث أخرجه الأئمة الستة في كتبهم عن المنهال قال سمعت ابن عباس رضي الله عنهما ... الحديث ، وقد مضى الآن ، ورواه أحمد في مسنده بلفظ فلا يسلف إلا في كيل معلوم . قال البيهقي قال الشافعي رضي الله عنه معناه إذا أسلف أحدكم في كيل فليسلف في كيل معلوم وإن أسلف فليسلف

---

(١) إذ المبيع هو المسلم فيه — هامش .

والمراد بالموزونات غير الدراهم والدنانير ، لأنهما أثمـــان والمسلم فيه لا بد أن يكون مثمناً فلا يصح السلم فيهما . ثم قيل يكون باطلا . وقيل ينعقد بيعـــاً بثمن مؤجل تحصيلاً لمقصود المتعاقدين بحسب الإمكان ، والعبرة في العقود للمعاني ، والأول أصح لأن التصحيح إنما يجب في محل أوجبا العقد فيه ولا يمكن ذلك .

في وزن معلوم ، وإذا سمى أجلا فليسلم أجلا معلوماً .

(والمـراد) أي مراد القدوري في قوله (بالموزونات غير الدراهم والدنانير لأنهما أثمان ، والمسلم فيه لابد أن يكون مثمناً) لكونه مبيعاً (فلا يصح السلم فيهما) أي في الدراهم والدنانير ،صورته أن يسلم عشرة أذرع من الكرباس وغيره من المكيل والموزون في عشرة دراهم أو دنانير ، أما لو أسلم عشرة دراهم في عشرة دنانير لايجوز بالإجماع ، لأنه ربا . واختلف المشايخ في السلم في الدراهم والدنانير ، أشار المصنف إلى بيانه بقوله (ثم قيل يكون باطـلا) أي يكون السلم باطلا ، وهو قول عيسى بن إبان . وقال الكاكي هذا الاختلاف فيما إذا أسلم الحنطة أو غيرها من العروض . وفي المبسوط لو أسلم الحنطة في الذهب والفضة لايجوز عندنا ، وعند الشافعي في القدر يجوز ، وبه قال مالك بناء على أن النقد يصلح أن يكون مبيعاً عنده ، ولكن ذكر في كتبهم أنه يصح مطلقاً ويـذكر ستة أصناف ، النوع واللون والجودة وانه حديث أو عتيق وصغار أو كبار ، وعندنا لايصح .

(وقيل ينعقد بيعاً) وهو قـول أبي بكر الأعمش فعنده ينعقد بيعاً (بثمن مؤجل تحصيلا لمقصود المتعاقدين بقدر [1] الإمكان ، والعبرة في العقود للمعاني) لا للألفاظ (والأول) وهو قول عيسى بن ابان (أصح لأن التصحيح) أي تصحيح العقد (إنمايجب في محل أوجبـا) أي البائع والمشتري (العقد فيه) وهو الدراهم والدنانير (ولا يكن ذلك) أي تصحيحه في محل آخر ، لأنهما لم يوجب العقد فيه .

---

(١) بحسب – هامش .

قال وكذا في المذروعات لأنه يمكن ضبطها بذكر الذرع والصفة والصنعة ، ولا بد منهـــا لترتفع الجهالة فيتحقق شرط صحة السلم ،

(قال) أي القدوري (وكذا) أي يجوز (في المذروعات) ولا خلاف فيه للأئمة الأربعة (لأنه يمكن ضبطها بذكر الذرع) أي طولاً وعرضاً (والصفة والصنعة ولابدمنها) أي من الصفات الثلاث (لترتفع الجهاله فيتحقق شرط صحة السلم) والتفاوت اليسير بعدها غير معتبر لأنه لايفضي إلى المنازعة المانعة من التسليم والتسلم . وفي المجتبى والقياس أن لايجوز السلم في المذروعات كالثيات والحصر والبواري لتعذر قبولها في الذمة ، ولهذا لايضمن بالمثل بالاستهلاك كالجواهر ، لكن ترك ذلك بإجماع الفقهاء ، انتهى . وقيل الحقت المذروعات بالمكيلات والموزونات بدلالة النص ، لأن قوله عليه السلام من أسلم منكم ... الحديث يقتضي الجواز في المكيلات والموزونات باعتبار التسوية في التسليم على ماوصف في المسلم فيه ، والتسوية تتحقق في المذروعات فيجوز إلحاقها بهما بطريق الدلالة .

فإن قيل إنما يجوز العمل بالدلالة إذا لم يعارضه عبارة النص ، وهاهنا عبارة قوله عليه أفضل الصلاة والسلام لا تبع ماليس عندك نافية لإلحاقها بهما ، لأن تلك العبارة لما خصصت بالكيلي والوزني بالحديث انحصر الجواز فيهما وبقي ما وراءهما تحت نفي عبارة قـــوله عليه السلام لاتبع .. الحديث ، والمذروع فيما وراءهما فلا يصح العمل بالدلالة . قلنا هذا الذي ذكرته حجة عليك ، لأن العام من الكتاب إذا خص منه البعض لايبقى الباقي حجة أصلاً عند الكرخي ، فكيف في السنة ، وعلى القول المختار إن بقي حجة ولكن مرتبته دون مرتبة القياس وخبر الواحد ولاشك أن دلالة النص أقوى من القياس وخبر الواحد ، فلم يكن . ذلك العام معارضاً للدلالة ، فبقيت الدلالة سالمة عن المعارض فيجوز السلم في المذروعات والعدديات الثابت بها مساوياً لما ثبت بالنص أو أقوى .

وفي الإيضاح جواز السلم في الثياب بطريق الاستحسان ، لأنها مصنوع العبد ، والعبد يصنع بالآلة ، فإذا اتخذ الآلة والصانع يتخذ المصنوع فلا يبقى بعد ذلك إلا قليل تفاوت ، وذا يحتمل في المعاملات دون الاستهلاكات ، ألا ترى أن الأب إذا باع مال ولده الصغير بغبن يسير كان متحملاً ، ولو استهلك شيئاً يسيراً يجب عليه ضمانه .

وكذا في المعدودات التي لا تتفاوت كالجوز والبيض، لأنه العددي المتقارب معلوم مضبوط الوصف مقدور التسليم فيجوز السلم فيه، والصغير والكبير سواء باصطلاح الناس على إهدار التفاوت. وبخلاف البطيخ والرمان، لأنه يتفاوت آحاده تفاوتاً فاحشاً ويتفاوت الآحاد في المالية بعرف العددي المتفاوت. وعن أبي حنيفة «رح» أنه لا يجوز في بيض النعامة لأنه يتفاوت آحاده في المالية،

(وكذا) أي وكذا يجوز السلم (في المعدودات التي لاتتفاوت كالجوز واللوز والبيض، لأن العددي المتقارب) وهو مالايتفاوت آحادها بالقيمة ويضمن بالمثل (معلوم مضبوط الوصف مقدور التسليم فيجوز السلم فيه، والصغير والكبير سواء باصطلاح الناس على إهدار التفاوت) فإن المسامحة تجري فيما بينهم في صغيرة وكبيرة، فإنك لاترى جوزة بفلس وجوزة بفلسين، وإنما تفاوت إذا عد في المالية وذلك التفاوت يفوت بذكر النوع، ولهذا جوزوا السلم في الباذنجان والكاغد عدداً، وبه قال الشافعي، وفي شرح الطحاوي صغير البيض وكبيره سواء بعدان كان من جنس واحد. وقال الشافعي يجوز السلم في كل المعدودات المتقاربة والمتفاوت وزناً وهل يجوز كيلاً له، فيه وجهان. وقال في الجوز واللوز يجوز وزناً ولا يجوز كيلاً، وقال الأوزاعي في العدديات المتفاوت وبه مثل مذهبنا، واسمه عبد الرحمن بن عمرو. وفي وجيز الشافعية ولايكفي العد في المعدودات، بل لا بد من ذكر الموزون.

(بخلاف البطيخ والرمان، لأنه يتفاوت آحاده تفاوتاً فاحشاً) فإنك ترى بطيخاً بدرهم وبطيخاً بدرهمين، وبين الضابط في معرفة المعدودي المتفاوت عن المتفاوت بقوله (ويتفاوت الآحاد، في المالية بعرف العددي المتفاوت) أي بتفاوت آحاد المعدودي في المالية دون الأنواع يعرف العددي المتفاوت وهو المروي عن أبي يوسف.

وأيد ذلك بقوله (وعن أبي حنيفة أنه) أي أن السلم (لا يجوز في بيض النعامة لأنه يتفاوت آحاده في المالية) وقال الاترازي وتفسير العددي المتفاوت ما نقل عن أبي يوسف

ثم كما يجوز السلم فيها عدداً ويجوز كيلا. وقال زفر « رح » لا يجوز كيلا لأنه عددي وليس بمكيل، وعنه انه لا يجوز عدداً أيضاً للتفاوت. ولنا أن المقدار مرة يعرف بالعدد وتارة بالكيل وإنما صار معدوداً بالإصطلاح فيصير مكيلا باصطلاحهما. وكذا في الفلوس عدداً. وقيل هذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وعند محمد لا يجوز لأنها أثمان. ولهما أن الثمنية في حقهما باصطلاحهما فيبطل باصطلاحهما

ما اختلف آحاده في القيمة واختلف أجناسه، فلا يجوز السلم فيه وذلك كالدر والجواهر واللآلىء والادم والجلود والخشب والرؤوس والأكارع والرمان والبطيخ والسفرجل ونحوها، إلا إذا بين من جنس الجلود والادم والخشب والجذع شيئاً معلوماً وطولاً معلوماً وغليظاً معلوماً وأتى بجميع شرائط السلم والتحف المتقاربة يجوز، وكذا السلم في الجوالق والغدائر كذا في التحفة. وقال الكاكي والحد الفاصل بين التفاوت والمتقارب أن ما كان مستهلكة بالمثل يكون متقارباً وبالقيمة يكون متفاوتاً.

(ثم كما يجوز السلم فيه) أي في العددي المتقارب (عدداً) أي من حيث العدد (يجوز كيلا) أي من حيث الكيل (وقال زفر « رح » لا يجوز كيلا، لأنه عددي وليس بمكيل وعنه) أي وعن زفر (أنه لا يجوز عدداً أيضاً للتفاوت) في الآحاد.

(ولنا أن المقدار مرة يعرف بالعدد وتارة بالكيل، وإنما صار معدوداً بالاصطلاح فيصير مكيلا باصطلاحهما) أي باصطلاح المتعاقدين، فلا يفضي إلى المنازعة في التسليم والتسلم (وكذا) أي كذا يجور السلم (في الفلوس عدداً) أي من حيث العدد وهو ظاهر الرواية (وقيل هذا) أي الجواب (عند أبي حنيفة وأبي يوسف وعند محمد لا يجوز، لأنها أثمان) والثمن في السلم لا يجوز.

(ولهما) أي ولأبي حنيفة وأبي يوسف (أن الثمنية في حقهما) أي في حق المتعاقدين (باصطلاحهما) لعدم ولاية الغير عليهما (فيبطل باصطلاحهما) أي ولهما إبطال اصطلاحهما،

ولا تعود وزنياً وقـــد ذكرناه من قبـل ، ولا يجوز السلم في الحيوان . وقـال الشافعي « رح » يجوز لأنـه يصير معلوماً ببيان الجنس والسن والنوع والصفة والتفاوت بعـــد ذلك يسير فأشبه الثياب ، ولنا أن بعد ذكر ما ذكر يبقى فيه تفاوت فاحش في المالية باعتبار المعاني الباطنة

فإذا بطلت الثمنية بقي مثمناً يتعين بالتعيين فجاز السلم (ولا تعود وزنياً) هذا رد لقول محمد أنها بعد الكساد يعود وزنياً لأنها قطع صغار موزونة (وقد ذكرناه من قبل) أي في باب الربا في مسألة بيع الفلس بالفلسين .

(ولا يجوز السلم في الحيوان) سواء كان دابة أو رقيقاً ، وبه قال الثوري والأوزاعي (وقال الشافعي يجوز) وبه قال مالك وأحمد إلا في الخلفات ، فإن الخلفة اسم لمجهول الحال ولمعاد الحيوان المطلق بلا صفة ، فيجوز بالإتفاق . قلت الخلفة بفتح الخاء المعجمة وكسر اللام وبالفاء الحامل من النوق ، ويجمع على خلفات وخلائف ، وقـد خلفت إذا حملت ، وأخلفت إذا حالت (لأنه) أي لأن الحيوان (يصير معلوماً ببيان الجنس) بأن قال ابل (والسن) بأن قال بنت مخاض أو جذع أو ثني (والنوع) بأن قال بختي أوعربي (والصفة) بأن قال سمين أو هزال ، يعني يضبط ماليته بهذه الاربعة والموصوف بمنزلة المرئي (والتفاوت بعد ذلك) أي بعد بيان هذه الاربعة (يسير) لقلته (فأشبه الثياب) في الجواز ، وقد ثبت ان النبي ﷺ أمر عمرو بن العاص أن يشتري بعيراً ببعيرين في تجهيز الجيش إلى أجل ، وانه عليه السلام استقرض بكراً وقضاه رباعياً ، والسلم أقرب إلى الجواز من الاستقراض .

(ولنا أن بعد ذكر ما ذكر) أي من الجنس والسن والنوع والصفة (يبقى فيه تفاوت فاحش في المالية باعتبار المعـــاني الباطنة) كالصباحة والملاحة والفصاحة والخلق الحسن والذهن والكياسة وحسن الشهرة والهلجة في الدواب وهي معنى سهل وشدة العـــدد ، فانك ترى عبدين متفقين في الاوصاف المذكورة مع ذلك يساوي أحدهما ألفـــاً والآخر

فيفضي إلى المنازعة، بخلاف الثياب لأنه مصنوع العباد فقلما يتفاوت الثوبان إذا نسجا على منوال واحد، وقد صح أن النبي عليه السلام نهى عن السلم في الحيوان، ويدخل فيه

ألفين، قال الشاعر الارب:

فرد يعـــدل الالف زائـــد وألف ترام لا يساوون واحداً

وهذه معـــاني لا تضبط بالوصف، فبقي جهالة (فيفضي إلى المنازعة) فلا يجوز (بخلاف الثياب) جواباً عن قياس الشافعي السلم في الحيوان على في الثياب فأجاب بأن هذا القياس غير صحيح (لانه) أي لان الثياب، وتذكير الضمير باعتبار المذكور (مصنوع العباد فقلما يتفاوت الثوبان إذا نسجا على منوال واحد) لان العبد إنما يصنع بآلة، فـاذا اتحد الصانع والآلة اتحد المصنوع، ولا يتفاوت في المالية إلا يسيراً، ولا يعتبر بذلك القدر والحيوان صنع الله تعالى، وذلك يكون على ما يريده تعالى، فقد كان على وجه لا يوجد له نظير، وفي مثله لا يجوز السلم بالإتفاق.

والجواب عن حديث عمرو بن العاص أنـــه كان قبل نزول آية الربا، أو كان في دار الحرب ولا ربا بين المسلم والحربي فيها، وتجهيز الجيش وإن كان في دار الإسلام فنقل الآلات في دار الحرب لعزتها في دار الإسلام يومئذ. والجواب عن الحديث الثاني انـــه لم يكن القرض ثابتاً في ذمة رسول الله ﷺ بدليل أنـــه قضاه من إبل الصدقة والصدقة حرام عليه، فكيف يجوز أن يفعل ذلك.

(وقد صح أن النبي ﷺ نهى عن السلم في الحيوان) هذا الحديث أخرجه الحاكم في المستدرك والدارقطني في سننه عن إسحاق بن إبراهيم بن حربي حدثنا عبد الملك الذماري حدثنا سفيان الثوري عن معمر عن يحيى بن أبي كثير عن عكرمة عن ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي ﷺ نهى عن السلف في الحيوان، وقـــال الحاكم صحيح الإسناد ولم يخرجاه، وقال ابن حبان اسحاق بن إبراهيم منكر الحديث جداً يـأتي عن الثقـــات بالموضوعات لا يحل كتب حديثـــه إلا على جهة التعجب (ويدخل فيه) أي في قوله في

جميع أجناسه حتى العصافير . قال ولا في أطرافه كالرؤوس والأكارع للتفاوت فيها ، إذ هو عددي متفاوت لا مقدر لها قال ولا في الجلود عدداً ،

الحيوان (جميع أجناسه) أي أجناس الحيوان (حتى العصافير) أي حتى يدخل العصافير أيضاً ، لا يقال النهي عن الحيوان في الوصف والمتنازع فيه هو الموصوف منه فلا يتصل محل النزاع ، لانا نقول أن محمد بن الحسن قد فسر هذا الحديث في أول كتاب المضاربة أن ابن مسعود رضي الله عنهما دفع مالاً مضاربة إلى زيد بن خليدة فأسلمها زيداً إلى عتريث بن عرقوب في قلائص معلومة ، وقال ابن مسعود اردد مالنا ، لا نسلم أموالنا في الحيوان ، فعلم أن عدم جواز السلم في الحيوان لم يكن فيه باعتبار ترك الوصف، لأن القلائص كانت معلومة ، فكان المنع لكونه حيواناً لا يقال في كلام المصنف تسامح ، لان الدليل المذكور بقوله ولنا منقوض بالعصافير ، لان ذكر ذلك لم يكن من حيث الاستدلال على المطلوب ، بل من حيث جواب الخصم ، وأما الدليل على ذلك فهو السنة .

فان قلت السلم في الحيوان إنما لا يصح لتفاوت يعتبره الناس التفاوت من العصافير غير معتبر ، فينبغي أن يجوز السلم فيها ، قلنا العبرة في المنصوص لعين النص لا للمعنى ، والنص لم يفصل بين حيوان وحيوان ، كذا في الكافي .

(قال) أي القدوري (ولا في أطرافه) أي ولا يجوز السلم أيضاً في أطراف الحيوان (كالرؤوس والاكارع) وهو جمع كراع الشاة والبقر ، ويجمع على كراع أيضاً (للتفاوت فيها ، إذ هو عددي متفاوت لا مقدر لها) أي لا مقدر له لاختلافها بالصغر والكبر والسمنى والهذال ، وتذكير الضمائر باعتبار المذكور ، وبقولنا قال الشافعي في الاظهر .

(قال) أي القدوري (ولا في الجلود عدداً) أي لا يجوز السلم في الجلود أيضاً من حيث العدد لانها عددية ، وفيها الصغير والكبير فيفضي السلم فيها إلى المنازعة ولا يتوهم أنه يجوز وزنا لقيده عدداً،لان معناه أنه عددي فحيث لم يجز عدداً لم يجز وزناً بالطريق الاولى ، لانه لا يوزن عادة وبه قال الشافعي « رح » في الاظهر ، وقال مالك وأحمد في

ولا في الحطب حزماً ، ولا في الرطبة جرزاً للتفاوت ، إلا إذا
عرف ذلك بأن يبين له طول ما يشد به الحزمة

قول يجوز السلم في الجلود والرؤوس والاكارع عدداً أو وزناً . وفي الذخيرة ولو بين للجلود ضرباً معلوماً يجوز السلم فيه (ولا في الحطب حزماً) أي ولا يجوز السلم أيضاً في الحطب من حيث الحزم وهو جمع حزمة ، قال في الجمهرة كل شيء جمعته كالاضبارة فقد حزمته ، ومنه سميت حزمة الحطب ، وإنما لا يجوز لكونه مجهولاً من حيث طوله وعرضه وغلظه ، فان عرف ذلك جاز ، كذا في المبسوط (ولا في الرطبة جرزاً) أي ولا يجوز السلم أيضاً في الرطبة من حيث الجرز بضم الجيم وفتح الراء بعدها الزاي، أي جمع جرزة وهي أي الحزمة والرطبة الاسفيست ، والجمع رطاب قاله في المغرب ، وهي التي تسميها أهل مصر برسيما ، وأهل البلاد الشمالية مسخا . وفي الشامل لا خير في السلم في الرطبة لأنها تباع حزماً ويجوز في القت لأنه يباع وزنا . وفي المبسوط ولا يجوز أوقاراً ، أي أحمالاً للجهالة (للتفاوت) أي لأجل التفاوت في عدد الجلود وحزم الحطب وجرز الرطبة .

(إلا إذا عرف ذلك) هذا الاستثناء متعلق بمسألة الرطبة جرزاً ، لأن ما بعده من كلام المصنف يدل على ذلك لا يخفى على المتأمل . قوله عرف يجوز فيه التخفيف والتشديد، فعلى التخفيف يكون على صيغة المجهول ، ويكون قوله ذلك في محل الرفع ، وهو إشارة إلى ما ذكر من الجرز . وأما على التشديد من التعريف فعلى صيغة المعلوم والفاعل فيه فهو الضمير الذي يرجع بالقرينة إلى المسلم إليه ، ويجوز أن يرجع إلى رب السلم ويكون قوله ذلك حينئذ في محل النصب على انه مفعول عرف . ثم بين المصنف رحمه الله وجه التعريف بقوله :

(بأن يبين له طول ما يشد به الحزمة) وكلمة أن مصدرية ، أي بيان طول ما يشد به الحزمة ، ولفظ يبين أيضاً يحتمل الوجهين المعلوم والمجهول بحسب الوجهين المذكورين في عرف ، فعلى كون عرف مجهولاً يكون لفظ يبين مجهولاً أيضاً ، وعلى كونه مشدداً معلوماً يكون يبين أيضاً معلوماً ، والضمير في يرجع إلى رب السلم أو المسلم إليه كما

انه شبر أو ذراع، فحينئذ يجوز إذا كان على وجه لا يتفاوت .
قال ولا يجوز السلم حتى يكون المسلم فيه موجوداً من حين العقـــد
إلى حين المحل ، حتى لو كان منقطعاً عند العقد موجوداً عند المحل
أو على العكس أو منقطعاً فيما بين ذلك لا يجوز . وقال الشافعي
يجوز إذا كان موجوداً وقت المحل لوجود القـــدرة على التسليم
حـــال وجوبه .

ذكرنا الآن في عرف وقوله (أنه) بفتح الهمزة يدل على قوله طول وقوله (شبر)مرفوع لأنه خبر أن ، وقوله (أو ذراع) عطف عليه ، وقوله (فحينئذ) أي حين يبين طول ما يشد به الحزمة من كونه قدر شبر أو قدر ذراع (يجوز) أى السلم (إذا كان) أى تشدد الحزمة (على وجه لا يتفاوت) أى ما يشد ، أما إذا كان يتفاوت كالشوك ونحوه فلا يجوز لافضائه إلى المنازعة ، ولم أر أحداً من الشراح حرر هـــذا الموضوع كما ينبغي فبحمد الله حررناه كما هو المطلوب .

(قال) أى القدوري (ولا يجوز السلم حتى يكون المسلم فيـــه موجوداً من حين العقد إلى حين المحل) حاصل هذا أنه يشترط وجود المسلم فيه زمان العقد وزمان المحل وفيما بينهما (حتى لو كان منقطعاً عند العقد موجوداً عند المحل أو على العكس) فإن كان موجوداً عند العقد ومنقطعاً عند المحل (أو منقطعاً) أى أو كان منقطعاً (فيما بين ذلك) أى فيما بين وقت العقد ووقت المحل (لا يجوز) أى السلم عندنا ولعل المسألة أن السلم في المنقطع لا يجوز عندنا .

(قال الشافعي يجوز إذا كان موجوداً وقت المحل لوجود القدرة) فإنه يقول يشترط أن يكون وجوباً عند المحل فحسب ، وبه قال مالك وأحمد وإسحاق . وقال الكاكي والشافعي يعتبر وجوده عند المحل ومالك عند العقد وعند المحل، ولا ينقطع الانقطاع فيما بين ذلك (وله) أي الشافعي (انه) أي ان المسلم فيه (على التسليم حال وجوبه) وهو زمان حلول الأجل والمعجزة ، قيل ذلك لا يعتبر لانه ليس بأوان توجيه المطالبة .

ولنا قوله عليه السلام لا تسلفوا في الثمار حتى يبدو صلاحها ولأن القدرة على التسليم بالتحصيل فلا بد من استمرار الوجود في مدة الأجل ليتمكن من التحصيل . ولو انقطع بعد المحل فرب

(ولنا قوله عليه السلام) أي قول النبي ﷺ (لاتسلفوا في الثمار حتى يبدو صلاحها) وهذا الحديث أخرجه أبو داود وابن ماجة واللفظ له عن أبي إسحاق عن رجل ، قال قلت لعبد الله بن عمر رضي الله عنهما ... الحديث ، وفي آخره ولا تسلفوا في نخل حتى يبدو صلاحها ، انتهى . وقال المنذرى في اسناده رجل مجهول ، وذكره عبد الحق في أحكامه من جهة أبي داود وقال اسناده منقطع . وأخرج الطبراني في الاوسط حديثاً عن أبي هريرة وفي آخره ولا تسلموا في ثمرة حتى يأمن عليها صاحبها العاهة (ولان القدرة على التسليم) أي على تسليم المسلم فيه (بالتحصيل) أي تحصيل المسلم فيه (فلا بد من استمرار الوجود) أي وجود المسلم فيه (في مدة الاجل ليتمكن من التحصيل) ولا يقدر المسلم إليه على اكتساب المنقطع . وقول الشافعي القدرة على التسليم عند المحل موجودة . قلنا إنما تكون القدرة حينئذ موجودة إذا بقي العاقد حياً إلى ذلك الوقت ، وفي بقائه حياً شك فلا تثبت القدرة بأمر مشكوك .

فان قال الاصل هو الحياة وما يثبت ينفي إلى أن يوجد دليل الزوال . قلنا الاصل يعتبر لإبقاء ما كان على ما كان ، والقدرة في الحال معدومة فلا يعتبر الأصل لاثبات شيء يوجد في المستقبل . وقال الولوالجي في فتاواه وحد الانقطاع ما قاله الفقيه أبو بكر البلخي أن لا يوجد في سوقه الذى يخبز يباع فيه ، وإن كان قد يوجد في البيوت . وفي مبسوط أبي اليسر ولو انقطع في إقليم دون إقليم لا يصح السلم في الإقليم الذى لا يوجد فيه ، لأنه لا يمكن احضاره إلا بمشقة عظيمة فيعجز عن التسليم حتى لو أسلم في الرطب ببخارى لا يجوز وإن كان يوجد بسجستان .

(ولو انقطع بعد المحل) ذكر هذا تفريعاً على مسألة القدوري أراد أن المسلم فيه كان موجوداً من وقت العقد إلى وقت المحل ثم انقطع بعد المحل ، أي بعد حلول الأجل (فرب

السلم بالخيار إن شـــاء فسخ السلم وإن شاء انتظر وجوده ، لأن السلم قد صح والعجز الطارىء على شرف الزوال فصار كإباق المبيع قبل القبض . قال[1] ويجوز السلم في السمك المالح

السلم بالخيار إن شاء فسخ السلم) ويأخذ رأس المال (وإن شـــاء انتظر وجوده) أي وجود المسلم فيه (لأن السلم قد صح) ولكنه قد عجز عن التسليم (والعجز الطارىء على شرف الزوال) فيتخير العاقد (فصار) حكم هذا (كإباق المبيع قبل القبض) في بقاء العقد ، وبقولنا قال الشافعي في الأصح . وقال زفر يبطل العقد وبه قال الشافعي في قول وهو رواية عن الكرخي ويسترد رأس المال للعجز عن التسليم ، فصار كما لو ملك المبيع قبل القبض في بيع العين . وقال الأكمل رحمه الله وفي قوله والعجز الطارىء عن التسليم على شرف الزوال إشارة إلى جواب زفر عن قياسه المتنازع فيه في هلاك المبيع في العجز عن التسليم وفي ذلك يبطل البيع ، وكذلك ها هنـا . ووجهه أن العجز عن التسليم إذا كان على شرف الزوال لا يكون كالعجز بالهلاك لأنه غير ممكن الزوال عادة ، فيكون القياس فاسداً .

(قال) أي قال محمد في الجامع الصغير (ويجوز السلم في السمك المالح) قال الكاكي السمك المالح بالفارسية – ما هي خشك – وفي المغرب سمك مليح ومملوح وهو المقـدر الذي فيه ملح ، ولا يقال سمك مالح إلا في لغة روية ، ولكن قال الشاعر :

بصريـــة تزوجت بصريـــا أطعمهـــا المالح والطريا

وقال الإمام الزرنوجي[2] وكفى بذلك حجة للفقهـــاء . قلت قال ابن دريد سمك

---

(١) « نسخة » قال ولا خير في المسلم في السمك الطري إلا في حينه وزناً معلومـاً وضرباً معلوماً لأنه ينقطع في زمان الشتاء ، حتى لو كان في بلد لا ينقطع يجوز مطلقاً، وإنما يجوز وزناً لا عدداً لما ذكرنا . وعن أبي حنيفة انه لا يجوز في لحم الكبار منهم وهي التي تقطع اعتباراً بالسلم في اللحم عنده – هامش .

(٢) في الأصل الزرنوخي ، والصحيح أنـــه بالجيم كما ورد في معجم المؤلفين ، ا هـ مصححه .

وزنا معلوماً وضرباً معلوماً لأنـــه معلوم القدر مضبوط الوصف مقدور التسليم ، إذ هو غير منقطع ولا يجوز السلم فيه عدداً للتفاوت قال ولا خير في السلم في السمك الطري إلا في حينه وزناً معلومـــاً وضرباً معلوماً ، لأنه ينقطع في زمان الشتاء ، حتى لو كان في بلد لا ينقطع يجوز مطلقاً ، وإنما يجوز وزناً لا عدداً لمـــا ذكرنا . وعن أبي حنيفة أنه لا يجوز في لحم الكبار منها وهي التي تقطع اعتباراً بالسلم في اللحم عنده

وملح مليح ولا فلتلتر [1] تلتفتن إلى قول الآخر يطعمها المالح والطريا ذلك مولد لا يؤخذ بلغته . وقال في ديوان الأذب ملح القدر طرح الملح فيها بقدر ، فعلى هذا يجوز أن يقال سمك مملوح (وزناً معلوماً) أي من حيث الوزن المعلوم (وضرباً معلوماً) أي من حيث الضرب ، أي النوع المعلوم (لأنه معلوم القدر مضبوط الوصف مقدور التسليم ، إذ هو) أي لأن السمك (غير منقطع) عن الوجود .

(ولا يجوز السلم فيه) أي في السمك (عدداً) أي من حيث العدد (للتفاوت) أي لتفاوت آحاده ، فان قيد الصغير والكبير . وقال صاحب التحفة فأمـــا السلم في السمك فقد اضطربت عبارة الروايات عن أصحابنا في الأصل والنوادر ، والصحيح من المذهب أن السلم يجوز في السمك الصغار وزناً وكيلاً ، ويستوي فيه المالح والطري في حينه ، وأما الكبار ففيه روايتان عن أبي حنيفة في ظاهر الرواية يجوز كيفما كان .وفي رواية أبي يوسف في كتاب الأمالي عنه أنه لا يجوز ، وعلى قول أبي يوسف ومحمد يجوز في ظاهر الرواية كما في اللحم . وفى رواية أخرى عنهما لا يجوز ، بخلاف اللحم .وقال محمد فى الجامع الصغير عن يعقوب عن أبى حنيفة لا يجوز السلم في السمك الطري . إلا أن يكون في حينه ضرباً معلوماً ، قال الفقيه أبو الليث السمرقندي رحمه الله تعالى ،قال

---

(١) هكذا رسم الكلام في الأصل .

قال ولا خير في السلم في اللحم عند أبي حنيفة . وقالا إذا وصف من اللحم موضعا معلوما بصفة معلومة جاز ، لأنه موزون مضبوط الوصف ، ولهذا يضمن بالمثل

بعض الناس هذا الحرف خطأ يعني قوله فى حينه ، لأن السمك صيد والصيد لا يكون له حين ففى كل وقت يمكن صيده ، ثم قال الصحيح ما ذكره فى الكتاب ، لان صفة الانقطاع أن لا يوجد فى الأسواق والسمك الطري ربما يوجد فى السوق ، ربما لا يوجد فان السلم فى وقت يوجد فى السوق جاز السلم ، وإن أسلم فى وقت لا يوجد فى السوق لا يجوز .

(قال ولا خير في السلم فى اللحم) أي لا يجوز السلم فى اللحم (عند أبى حنيفة رضى الله عنه) وعن العلامة شمس الائمة الكردري رحمه الله أن المجتهد إذا استخرج حكما بالرأي ، فان كان فى حيز عدم الجواز يقول لا خير ، وإن كان فى حيز الجواز يقول لا بأس تحرزاً عن القطع فى حكم الله تعالى بالرأي . وفى المبسوط وإنما قال لا خير لأنه مختلف فى قول أبى حنيفة . وقال الأكمل خير نكرة وقعت فى سياق النفى فيفيد نفى أنواع الخبر بعمومه ، ومعناه لا يجوز على وجه المبالغة .

(وقالا) أي وقال أبو يوسف ومحمد (إذا وصف) أي رب السلم (من اللحم موضعاً معلوماً بصفة معلومة جاز) يعني إذا بين جنسه ونوعه وصنفه وموضعه كشاة خصى لشيء سمين من الجنب أو الظهر ماية من ربه ، قال الشافعى « رح » فى الحقائق والعيون والفتوى على قولهما (لأنه) أى لأن اللحم (موزون) فى عادة الناس (مضبوط الوصف) ببيان هذه الاشياء . وفى المبسوط قيل لا خلاف بينهما وبين أبى حنيفة ، بل جواب أبى حنيفة فيما إذا أطلق السلم فى اللحم ومما لا يجوز أن ذلك أيضاً وجوبهما فيما إذا بينا موضعاً معلوما ، وأبو حنيفة يجوز ذلك أيضا ، والاصح أن الخلاف ثابت وأن عنده لا يجوز السلم وإن بين موضعا معلوما ، وعندهما يجوز إذا بينا موضعا معلوما (ولهذا) أى ولاجل كونه موزونا مضبوط الوصف (يضمن بالمثل) فى زمان العدوان إذا أتلفه الغاصب يضمن المثل وزنا وما فيه من العظم غير مانع لجوازه لأنه ثابت بأصل الخلقة

ويجوز استقراضه وزنا ويجري فيه ربا الفضل، بخلاف لحم الطيور، لأنه لا يمكن وصف وموضع منه وله أنـــه مجهول للتفاوت في قلة العظم وكثرته أو في سمنه وهزاله على اختلاف فصول السنة، وهذه الجهالة مفضية إلى المنازعة، وفي مخلوع العظم لا يجوز على الوجه الثاني وهو الأصح والتضمين بالمثل ممنوع

كالنوى فى التمر، وهذا يجوز السلم فى الإلية وإن كانت لا تخلو عن أدنى عظم، ويجوز السلم فى الشحم والإلية بالإجماع، لانه موزون معلوم الوصف (ويجوز استقراضه) أى استقراض اللحم (وزنا) أى من حيث الوزن (ويجرى فيه ربا الفضل) بعلة الوزن (بخلاف لحم الطيور) فانه لا يجوز السلم فيه (لانه لا يمكن وصف موضع منـــه) لقلة لحمه .

(وله) أى ولابي حنيفة (أنه) أى ان اللحم (مجهول للتفـــاوت فى قلة العظم وكثرته) فيؤدى إلى المنازعة (أو فى سمنه) اى للتفاوت فى سمنه (وهزاله) لأن هذا يختلف (باختلاف فصول السنة) وبقلة الكلأ وكثرته (وهذه الجهالة) أشار به إلى الجهالة فى الوجهين (مفضية إلى المنازعة) والمفضى إلى المنازعة مانع (وفى مخلوع العظم لا يجوز على الوجه الثاني) وهو وجه الثمن والهزال . قال صاحب المختلف وهو رواية أبى شجاع عن ابى حنيفة (وهو الأصح) أى وهذا الاصح، لانه لا يجوز ان يكون الحكم حلالاً بعلتين ولا يلزم من انتفاء إحدى العلتين انتفاء الحكم (والتضمين بالمثل ممنوع) هذا جواب عن قولهما، ولهذا يضمن بالمثل بالمنع وبعد التسليم، فالمثل أعدل من القيمة، لأن فيـــه رعاية الصورة والمعنى .

وقال الإمام ظهير الدين كان والذي يقول إن كان اللحم نضيجا فهو من ذوات القيم، وإن كان نيئاً ففيه روايتان . وذكر في الجامع الكبير ولو أن رجلا غصب من رجل لحمـاً فشواه ثم جاء إنسان واستحق ذلك لا يسقط ضمان الغصب، وكان للمغصوب منه أن يضمنه قيمة اللحم . وقال الشيخ أبو المعين النسفي في شرح الجامع الكبير قول محمـد في

وكذا الاستقراض وبعد التسليم فالمثل أعـــدل من القيمة ، ولأن القبض يعاين فيعرف مثل المقبوض به في وقته ، أما الوصف فلا يكتفى به. قال ولا يجوز السلم إلا مؤجلاً . وقـــال الشافعي يجوز حالاً لإطلاق الحديث ورخص في السلم .

هذه المسألة كان للمغصوب منه أن يضمنه قيمة اللحم ، نص على أن اللحم مضمون بالقيمة دون المثل ولا توجد الرواية أنه من ذوات القيم وليس بمثلي إلا في هـــذا الموضع ، يعني في الجامع الكبير ، ولهذا قال صاحب الفتاوى الصغرى تضمين اللحم بالمثل قولهما ، ثم قـــال ورأيت وسط غصب المنتقي روى أبو يوسف عن أبي حنيفـــة إذا استهلك لحماً كان عليه قيمته .

(وكذا الاستقراض) أي ممنوع أيضاً وزناً (وبعد التسليم) أي وبعـــد تسليم الجواز في التضمين بالمثل (فالمثل أعدل من القيمة) لأن الأصل في ضمان العدوان المماثلة في مثل الشيء صورة ومعنى ، فيكون أعدل من القيمة لأنهـــا مثل معنى لا صورة (ولأن القبض) يعني في الاستقراض (يعاين) فيقبض حالاً فترتفع الجهالة فلا تفضى إلى المنازعة ، وهو معنى قوله (فيعرف مثل المقبوض به في وقته) لأن القبض محسوس معاين (أما الوصف فلا يكتفى به) أي السلم يقع على الموصوف في الذمة ، ولا يكتفى بالوصف عند العقد لا يعرف الموجود عند المحل ، فلا يكتفى به لبقاء الجهالة المفضية إلى المنازعة .

(قال) أي القدوري (ولا يجوز السلم إلا مؤجلا) يعني السلم الحال وهو السلم بغير أجل لا يجوز عندنا ، وبه قال مالك وأحمد (وقال الشافعي يجوز حالاً) وفي بعض النسخ وقال الشافعي يجوز أي السلم بدون الأجل ، وبه قال عطاء وأبو ثور واختاره ابن المنذر . وصورة السلم الحال أن يقول أسلمت عشرة في كر حنطة ولم يـــذكر الأجل (لإطلاق الحديث) وهو ما روي عن النبي ﷺ أنه نهى عن بيع ما ليس عند الإنسان (ورخص في السلم) فالنبي ﷺ أجاز السلم مطلقاً ، فاشتراط التأجيل زيـــادة على النص .

ولنا قوله عليه السلام إلى أجل معلوم فيما روينا ، ولأنه شرع رخصة دفعاً لحاجة المفاليس فلا بد من الأجل ليقدر على التحصيل فيه فيسلم ، ولو كان قادراً على التسليم لم يوجد المرخص فبقي على النافي

(ولنا قوله ﷺ إلى أجل معلوم فيما روينا) يعني في أوائل الباب وهو قوله ﷺ من أسلم منكم فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم ، وقد مر الكلام فيه هناك . وقد شرط رسول الله ﷺ الأجل كما ترى .

فإن قيل معناه من أراد سلماً مؤجلاً فليسلم إلى أجل معلوم ، وبه نقول ، والحصر ممنوع ، وحينئذ لم يبق مفيداً فيحمل عليه المطلق ، والدليل على ذلك قوله في كيل معلوم ووزن معلوم فإنه لا يجوز اجتماع الكيل والوزن في شيء واحد ، فكان معناه في كيل معلوم إن كان كيلياً ، ووزن معلوم إن كان وزنياً فيقدر إلى أجل معلوم إن كان مؤجلا. الجواب أن قضية العقد كفت مؤنة التمييز ، فلا حاجة إلى التقدير ، لأنه خلاف الأصل سلمناه ، ولكن لا يلزم من تحمل المحذور لضرورة تحمله ولا لضرورة في التقدير في الأجل لا يقال العمل بالدليلين ضرورة فيحتمل التقدير لأجله ، لأن قوله رخص في السلم يدل على جوازه بطريق الرخصة وهي إنما تكون لضرورة ولا ضرورة في السلم الحال ، على أن سوق الكلام لبيان شروط السلم لا لبيان الأجل فليتأمل .

(ولأنه) أي ولأن السلم (شرع رخصة دفعاً لحاجة المفاليس ، فلا بد من الأجل ليقدر) أي المسلم إليه (على التحصيل) أي تحصيل المسلم فيه (فيه) أي فيه الأجل الذي عيناه ليحصل (فيسلم) أي المسلم إليه بعلم المسلم فيه (ولو كان قادراً على التسليم) في الحال لم يوجد المرخص ، لأن الرخصة شرعت لعذر مع قيام المانع وهو بيع المعدوم والعذر هو العجز عن التسليم ، ولو قدر على تسليمه (لم يوجد المرخص) فيه وهو عجز المسلم إليه (فبقي على النافي) وهو قوله ﷺ لا تبع ما ليس عندك .

فإن قيل لو كانت شرعية السلم دفعا لحاجة المفاليس لكان اختص بحالة الإفلاس ، لأنه يثبت على خلاف القياس فيقتصر عليه وليس كذلك ، ألا ترى أنه يجوز بيع الحنطة

قال ولا يجوز إلا بأجل معلوم لما روينا ، ولأن الجهالة فيه مفضية إلى المنازعة كما في البيع والاجل أدناه شهر ، وقيل ثلاثة أيام ، وقيل أكثر من نصف اليوم

سلما وعنده أكرار حنطة . قلنا إن الشيء لا يباع سلما إلا بإذنه الثمنين والتاجر لا يبيع إلا للربح ، فذاك البيع بأدنى التمييز على أنه لا يبيع إلا للعجز عن الربح ولا عجز إلا بأن يجعل ما عنده مستغرقا لحاجته ، ولأن حقيقة العدم أو باطني لا يمكن الوقوف عليه حقيقة ، والشرع بنى هذه الرخصة على العدم ، فيبنى على السبب الظاهر الدال على العدم ليمكننا تعليق الحكم به والبيع بالخسران دليل العدم . والجواب عن الحديث الذي استدل به الشافعي أنه يدل على جواز السلم بطريق الرخصة والضرورة ، ونحن نقول به ، ولكن لا ضرورة في سلم الحال لأنه إن كان قادراً انتفت الضرورة وإن لم يكن قادراً انتفى الغرض والمقصود .

فإن قلت معاوضة محضة فلا يكون التأجيل فيها شرطا كما في بيوع الأعيان . قلت يبطل ذلك بالكتابة عند الخصم ، فإنه يشترط الأجل فيها ويبطل أيضا بالسلم المعدوم .

(قال) أي القدوري (ولا يجوز) أي السلم (إلا بأجل معلوم لما روينا) وهو قوله عليه السلام من أسلم منكم ... الحديث ، وفيه إلى أجل معلوم وقد مر في أوائل الباب ، وبه قال الشافعي وأحمد . وقال مالك يجوز الأجل إلى الحصاد لعدم إفضائه إلى المنازعة غالبا (ولأن الجهالة فيه مفضية إلى المنازعة كما في البيع) فيفسد العقد بها (والأجل أدناه شهر) قال صاحب التحفة لا رواية عن أصحابنا في المبسوط في مقدار الأجل ، واختلفت الروايات عنهم ، والأصح ما روي عن محمد أنه مقرر بالشهر ، لأنه أدنى الأجل وأقصى العاجل (وقيل ثلاثة أيام) أي أدنى المدة ثلاثه أيام ، وهو قول الشيخ أبي جعفر أحمد ابن أبي عمران الشيخ الطحاوي اعتباراً للأجل بالخيار الذي ورد الشرع بتقديره ثلاثة أيام ، وهو رواية عن محمد . وفي شرح المجمع وهذا ليس بصحيح ، لأن الثلاث هناك أقصى المدة وأدناه غير مقدر ، وهكذا في الإيضاح (وقيل أكثر من نصف اليوم) وبه قال أبوبكر الرازي وبعض أصحاب زفر رحمه الله ، لأن المعجل ما كان مقبوضا في المجلس والمؤجل

والاول أصح . ولا يجوز السلم بمكيال رجل بعينه ولا بذراع رجل بعينه، معناه لا يعرف مقداره ،لانه يتأخر فيه التسليم فربما يضيع فيؤدي إلى المنازعة وقد مر من قبل . ولا بد أن يكون المكيال مما لا ينقبض ولا ينبسط كالقصاع مثلاً ، فإن كان مما

ما يتأخر قبضه عن المجلس ولا يبقى المجلس بينهما في العـــادة أكثر من نصف يوم . وفي الذخيرة عن الكرخي أنه ينظر إلى مقدار المسلم فيه وإلى عرف الناس **في التأجيل فيه ، فإن** كان قدر ما أجل أحد يؤجل مثله في العرف والعـادة يجوز السلم (والاول أصح) أي تقدير أجل بشهر هو الاصح . وقال الصدر الشهيد في طريقته المطولة ، والصحيح ما رواه الكرخي أنه مقدار ما يمكن فيه تحصيل المسلم فيه .

(قال) أي القدوري (ولا يجوز السلم بمكيـــال رجل بعينه ولا بذراع رجل بعينه) وقال المصنف (معناه لا يعرف مقداره) يعني إذا كان لا يعرف مقدار المكيال والذراع لا يجوز (لانه يتأخر فيه التسليم) أي تسليم المسلم فيه (فربما يضيع) لجواز الهلاك فيعجز عن التسليم (فيؤدي إلى المنازعة) وفي شرح الطحاوي ولم أعلم قـدره بملء هذا الإناء لم يجز إذا كان لا يدري كم يسع فيه ، بخلاف بيع العين ، فإنه إذا قال بعت منك من هذه الصبرة بملء هذا الإناء بدرهم يجوز ، وروى الحسن بن زياد عن أبي حنيفة أنه قال لا يجوز ببيع العين أيضا ، ولا يدري كم يسع في الإناء وقيل هذا إذا كان الإناء من حديد أو خشب أو خزف أو ما أشبه ذلك فيما لا يحتمل الزيادة والنقصان ، فأمـا إذا كان الإناء يحتمل الزيادة والنقصان كالزنبيل والجوالق والقرارة وما أشبه ذلك فإنه لا يجوز ببيع المعين أيضا ، إلا أن أبا يوسف استحسن قرب المـــاء وإجازة ، وإن كان يحتمل الزيادة والنقصان وهو أن يشتري من سقاء كذا كذا قربة من ماء هذه القربة وعليها جاز البيع فيه (وقـــد مر من قبل) أي في أول كتاب البيوع في مسألة ويجوز البيع بإناء معينة .

(ولا بد أن يكون المكيال مما لا ينقبض ولا ينبسط كالقصاع مثلا ، فـإن كان مما

ينكبس بالكبس كالزنيـــل والجراب لا يجوز للمنازعة إلا في قرب الماء للتعامل فيه ، كـــذا روي عن أبي يوسف . قال ولا في طعام قرية بعينها أو ثمرة نخلة بعينها لانه قد يعتريه آفة فلا يقدر على التسليم ، وإليه أشار عليه السلام ، حيث قال أرأيت لو أذهب الله تعالى الثمر بم يستحل أحدكم مال أخيه

ينكبس) من كبس النهر أي طمه (بالكبس كالزنبيل) بكسر الزاي وسكون النون وكسر الباء الموحدة وسكون الياء آخر الحروف وباللام ، ويقال الزنبيل بـدون النون كذا في بعض النسخ ، وفي المغرب والصحاح والزنبيل بالفتح بدون التشديد وبالكسر مع التشديد ، لأنـــه ليس في كلام العرب فقيل بالفتح (والجراب) بكسر الجيم (لا يجوز للمنازعة إلا في قرب الماء للتعامل فيه ، كذا روي عن أبي يوسف) وقـــد مر بيانه الآن .

(قال) أي القدوري (ولا في طعام قرية بعينها) أي ولا يجوز السلم في طعـــام قرية بعينها لاحتمال الإنقطاع عنها (أو ثمرة نخلة بعينهـا) ولا يجوز السلم أيضا في ثمرة نخلة بعينها (لانه قد يعتريه) أي تصيبه (آفة سماوية فلا يقـدر)حينئذ (على التسليم، وإليه) أي إلى هذا المعنى (أشار عليه السلام) أي أشار النبي ﷺ (حيث قال أرأيت لو أذهب الله تعالى الثمر بم يستحل أحدكم مال أخيه) هذا الموضع يحتاج إلى تحرير شاف ولم أر أحداً من الشراح حرر هذا الموضع كما ينبغي ، والمصنف استدل بهذا الحديث لما ذكره القدوري وليس بمستقيم ، لان هذا الحديث بهذا اللفظ ورد في البيع كما أخرجه البخاري ومسلم عن حميد عن أنس رضي الله عنــه أن النبي ﷺ نهى عن بيع ثمر النخل تزهو . فقلت لانس ما زهوها ، قال تحمر وتصفر أرأيتك إن منع الله الثمرة بم تستحل مال أخيك ، ولم يعرف ورود هذا الحديث في السلم .

وقال الاترازى وقال في شرح الطحاوي ولا يجوز السلم في طعام من موضع بعينه ، لانه ورد فيه الخبر وهو ما روى عن النبي ﷺ أنه سئل عن السلم في ثمر فلان فقـــال

ولو كانت النسبة إلى قرية لبيان الصفة لا بأس بـــه على ما قالوا كالخشمراني ببخارى والبساخي بفرغانة . قـال ولا يصح السلم عند أبي حنيفة « رح » إلا بسبع شرائط جنس معلوم كقولنـــا حنطة أو شعير ، ونوع

أما من ثمر حائط فلان فلله ، أرأيت لو أذهب الله ثمره فبم يستحل أحدكم مـال أخيه ، فنهى عن ذلك ، انتهى ، ولم يبين من الذى رواه من الصحابة ومن الذى استخرجه من أصحاب الصحاح أو السنن ، أفيرضى الخصم بذلك .

فإن قلت في الصحيحين عن أنس رضي الله عنه أيضا ان النبي ﷺ قال إن لم يثمرها الله فبما يستحل أحدكم مال أخيه ، فهل يؤخذ باطلاق هذا اللفظ فيدخل فيه السلم أيضا. قلت الظاهر أنه يصرف إلى البيع ولا يؤخذ منه السلم ، لان الروايتين أعني الاولى التي رواهـا حميد وهـــذه الرواية حديث واحد وردوه في البيـع . قولـه أرأيت معناه أخبرني .

(ولو كانت النسبة إلى قرية لبيان الصفة) أي لبيان أن صفة تلك الحنطة التي هي المسلم فيــه مثل صفة حنطة تلك القرية المعينة لا لتعيين المكان ، لان المراد الجودة (لا بأس به على ما قالوا) أي على ما قال المشايخ (كالخشمراني) أي كالحنطة المنسوبة إلى الخشمران بضم الخاء وسكون الشين المعجمتين وضم الميم وبالراء وفي آخره نون ، وهي قرية من قرى بخارى ، ونبه عليه المصنف بقوله (ببخارى) وبخارى مدينة مشهورة بما وراء النهر (والبساخي) أي وكالحنطة المنسوبة إلى بساخ بكسر الباء الموحدة وبالسين المهملة وبعد الألف خاء معجمة ، وهي قرية من قرى فرغانة نبه عليــه بقوله (بفرغانة) بفتح الفاء وسكون الراء وبالغين المعجمة وبعد الألف نون مفتوحة وهاء ، وهي بلدة وراء الشاش ، وشاش بالمعجمتين مدينة وراء جيحون .

(قال) أي القدوري (ولا يصح السلم عند أبي حنيفة إلا بسبع شرائط) وفي بعض النسخ بسبعة ، والأصح هو الأول (جنس معلوم كقولنا حنطة أو شعير) والثاني (ونوع

معلوم كقولنا سقية أو بخسية ، وصفة معلومة كقولنا جيد ورديء ، ومقدار معلوم كقولنا كذا كيلاً بمكيال معروف ، أو كذا وزنا وأجل معلوم . والاصل فيه ما روينا ، والفقه فيه ما بينا . ومعرفة مقدار رأس المال إذا كان يتعلق العقد على مقداره كالمكيل والموزون والمعدود ،

معلوم كقولنا سقية) أي سقيته ، وفي المغرب السقية ما يسقى سحا (أو بخسية) بفتح الباء الموحدة وسكون الخاء المعجمة وكسر السين المهملة وتشديد الياء آخر الحروف وبالهاء ، وهي الحنطة المنسوبة إلى البخس ، وهي الأرض التي تسقيها السماء لأنها مبخوسة الحظ من الماء . والثالث هو ما ذكره بقوله (وصفة معلومة كقولنا جيد أو رديء) وأشار إلى الرابع بقوله (ومقدار معلوم كقولنا كذا كيلا بمكيال معروف، أوكذا وزناً) وأشار إلى الخامس بقوله (وأجل معلوم) وهذه خمسة متفق عليها ، فلذلك ذكرها مقتصراً عليها ولم يذكر السادس والسابع عقيب هذه الخمسة للاختلاف فيهما ، وذكرهما بعد بعض ألفاظ وبين الخلاف فيهما .

(والأصل فيه) أي في اشتراط الشرائط المذكورة (ما روينا) وهو قوله عليه السلام من أسلم منكم ... الحديث وقد مضى (والفقه فيه ما بينا) أي الجهالة فيه مفضية إلى النزاع (ومعرفة مقدار رأس المال) هذا هو الشرط السادس من الشروط السبعة التي شرطها أبو حنيفة وهو عطف على قوله وأجل معلوم . وقوله والأصل فيه ما روينا والفقه ما بينا جمل معترضة بين المعطوف والمعطوف عليه . وقيد بقوله (إذا كان) أي رأس المال (يتعلق العقد على مقداره) احترازاً عما لا يتعلق العقد بمقداره كالمذروعات ، فانه يجب فيه بيان مقداره عند أبي حنيفة وعندهما أيضاً ، وهو قول مالك وأحمد أيضاً ، وبه قال الشافعي في قول ، وبين قوله إذا كان العقد يتعلق بمقداره (كالمكيل) من المكيلات (والموزون) من الموزونات (والمعدود) من المعدودات ، ووجب في كل منهما إعلام مقداره وإن كان مشار إليه ، وبه قال مالك وأحمد والشافعي

وتسمية المكان الذي يوفيه فيه إذا كان له حمل ومؤنة وقالا لا يحتاج إلى تسمية رأس المال إذا كان معينا ، ولا إلى مكان التسليم ويسلمه في موضع العقد ، فهاتان مسألتان . ولهما في الاولى أن المقصود يحصل بالإشارة فأشبه الثمن والاجرة ، فصار كالثوب

في قول ، وهو مروي عن ابن عمر رضي الله عنهما ، وقول الفقيه من الصحابة رضي الله عنهم مقدم على القياس .

(وتسمية المكان) هو الشرط السابع وهو عطف على قوله ومعرفة مقدار رأس المال (الذي يوفيه) أي المسلم (فيه) أي في المكان (إذا كان له حمل) بالفتح ذكره في المغرب ، وهو مصدر حمل الشيء يعنون به ماله ثقل يحتاج في حمله إلى ظهر واجرة حملا (ومؤنه) أي كلفة ، وهذا أن الشرطان من السبعة عند أبي حنيفة ، وبه قال الشافعي « رح » في وجه .

(وقالا) أي أبو يوسف ومحمد «رح» (لا يحتاج إلى تسمية رأس المال إذا كان معيناً) أي إذا كان مشاراً إليه لا يحتاج إلى تسمية قدره (ولا) أي ولا يحتاج أيضاً (إلى مكان التسليم) أي إلى بيان مكان تسليم المسلم فيه (ويسلمه) أي المسلم إليه المسلم فيه (في موضع العقد) وبه قال أبو حنيفة أولاً والشافعي « رح » في الأصح واختاره المزني . وقال أحمد لا يجب ذكر بيان مكان الإيفاء ولو ذكره فهل يبطل السلم عنه روايتان (فهاتان مسألتان) أي المسألتان اللتان فيهما اختلاف بين أبي حنيفة وصاحبيه .

(ولهما) أي ولأبي يوسف ومحمد « رح » (في الأولى) أي في المسألة الأولى ، وهي إعلام مقدار رأس المال (أن المقصود) أي من إعلام مقدار رأس المال القدرة على التسليم وهي (يحصل بالإشارة) إلى العين ، فيعني ذلك عن الإعلام بالقدر (فأشبه الثمن) يعني في البيع (والاجرة) يعني في الاجارة يعني إذا جعل المكيل والموزون ثمن المبيع أو أجرة في الإجارة ، وأشار إليهما جاز ، وإن لم يعرف مقدارهما فكذا ينبغي أن يكتفي بالإشارة في رأس المال بجامع كونه بدلاً (وصار كالثوب) أي وصار هذا كما إذا كان

وله أنه ربما يوجد بعضها زيوفا ولا يستبدل في المجلس فلو لم يعلم قدره لا يدري في كم بقي أو ربما لا يقدر على تحصيل المسلم فيه فيحتاج إلى رد رأس المال والموهوم في هذا العقد كالمتحقق لشرعه مع المنافي ،

رأس المال ثوباً فإن الإشارة فيه يكفي اتفاقاً وإن لم يعرف ذرعانه .

(وله) أي ولأبي حنيفة « رح » (أنه ربما يوجد بعضها زيوفاً) ثابت لفظ بعضها ليس له وجه ، لأن المراد إذا وجد بعض رأس المال زيوفاً (ولا يستبدل في المجلس) أي في مجلس الرد (فلو لم يعلم قدره) وفي بعض النسخ فلو لم يعرف قدره ، أي قدر رأس المال (لا يدري في كم بقي) بعد إخراج الزيوف وإذا كان معلوماً بوزن الزيوف ، فيعلم في كم انتقص ، وتحقيقه أن جهالة قدر رأس المال تستلزم جهالة المسلم فيه ، لأن المسلم إليه يتفق رأس المال شيئاً فشيئاً وربما يجد بعض ذلك زيوفاً ، ولا يستبدل له في مجلس الرد فيبطل العقد بقدر ما رده ، فاذا لم يكن مقدار قدر رأس المال معلوماً لا يعلم في كم انتقص السلم، وفيكم بقي فجهالة المسلم فيه مفسدة بالاتفاق ، فكذا ما يستلزمها ، وهكذا إذا استحق بعض رأس المال ينفسخ العقد بقدره (أو ربما) إشارة إلى وجه آخر لفساده (لا يقدر) أي المسلم إليه (على تحصيل المسلم فيه ، فيحتاج إلى رد رأس المال) لأنه ليس لرب السلم حينئذ إلا رأس ماله ، وإذا كان مجهول المقدار تعذر ذلك . فان قيل ذلك أمر موهوم لا معتبر به فيما بني على الرخص .

أجاب المصنف رحمه الله عن ذلك بقوله (والموهوم في هذا العقد كالمتحقق لشرعه) أي لشرع السلم (مع المنافي) إذ القياس يخالفه ، ألا ترى انه إذا أسلم بمكيال رجل بعينه لم يجز لتوهم هلاك ذلك المكيال وجوده إلى الجهالة .

فان قيل هذا اعتبار لشبهة الشبهة ، وذلك أن وجود بعض رأس المال زيوفاً فيه شبهة واحتمال ، لانه يحتمل أن لا يجد زيوفاً وهو الظاهر ، وبعد وجود الرد محتمل وبعد الرد ترك الاستبدال في مجلس الرد محتمل ، والمعتبر الشبهة دون النازلة عنها وهي شبهة الشبهة .

بخلاف ما إذا كان رأس المال ثوبا ، لان الذرع وصف فيه لا يتعلق العقد على مقداره ومن فروعه إذا أسلم في جنسين ولم يبين رأس مال كل واحد منهما أو أسلم جنسين ولم يبين مقدار أحدهما .

ولهما في الثانية أن مكان العقد يتعين لوجود العقد الموجب للتسليم فيه ،

قلنا هذه شبهة واحدة لأن كلا منهما مبني على وجوده زيوفاً فكان شبهة واحدة فيعتبر .

(بخلاف ما إذا كان رأس المال ثوباً) هذا جواب عما قاسه عليه الثوب وتقريره أن الثوب الذي جعل رأس المال الذي قاسا المتنازع فيه عليه لا يصح (لأن الذرع وصف فيه) أي في الثوب المعين (لا يتعلق العقد على مقداره) ولهذا لو وجده زائداً على المسمى سلم له الزيادة مجاناً ، ولو وجده ناقصاً لم يحط شيئاً من الثمن وليس كلامنا في ذلك ، وإنما هو فيما يتعلق العقد على مقداره فكان قياسا بالفارق ولم تجب على الثمن والأجرة أن الدليل تتضمن ذلك ، فإن البيع والإجارة لا ينفسخان برد الثمن والأجرة وترك الاستبدال في مجلس الرد .

(ومن فروعه) أي ومن فروع الاختلاف في معرفة مقدار رأس المال (إذا أسلم في جنسين) بأن قال أسلمت إليك عشرة دراهم في كر حنطة وكر شعير ، أو في ثوبين مختلفين (ولم يبين رأس مال كل واحد منهما) فعنده لا يجوز ، وعندهما يجوز (أو أسلم من جنسين) بأن قال أسلمت إليك هذه الدراهم العشرة ، وهذه الدنانير أو على العكس (ولم يبين مقدار أحدهما) أي الدنانير أو الدراهم العشرة ، وهذا فعند أبي حنيفة لا يجوز ، وعندهما يجوز لما أن إعلام رأس المال شرط عنده والمالية تنقسم على الحنطة والشعير باعتبار القيمة وطريق معرفة الحرز فلا يكون مقدار رأس كل واحد منهما معلوماً ، وكذلك في المسألة الثانية كذا في المبسوط .

(ولهما) أي ولأبي يوسف ومحمد رحمهما الله (في الثانية) أي في المسألة الثانية (أن مكان العقد يتعين) أي للإيفاء ، لان مكان العقد مكان الإلزام متعين لإيفاء ما التزمه في ذمته لوضع الاستقراض والإستهلاك (لوجود العقد الموجب للتسليم فيه) أي في مكان

لأنه لا يزاحمه مكان آخر فيه فيصير نظير أول أوقات الامكان في الأوامر ، وصار كالقرض في الأوامر ، وصار كالقرض والغصب . ولأبي حنيفة أن التسليم غير واجب في الحال فلا يتعين ، بخلاف القرض والغصب ، وإذا لم يتعين

العقد ، وما كان كذلك يتعين كما في بيع حنطة بعينها ، فان التسليم يجب في موضع العقد (ولانه) أي ولأن مكان العقد (لا يزاحمه مكان آخر) لعدم ما يوجبه مـا هو كذلك (فيه فيصير نظير أول أوقـات الامكان في الاوامر) لان الجزء الاول يتعين للسببية لعدم ما يزاحمه ، وهذا على قول الكرخي في الامر المطلق ، فانه يتعين وجوب الاداء في أول أوقات المكنة عنده (وصار كالقرض والغصب) فانه يتعين مكان القرض والغصب للتسليم بالإجماع . قال الاكمل رحمه الله ونوقض بما إذا باع طعاما وهو في السواد ، فانه روي عن محمد أن المشتري إن كان يعلم مكان الطعام فلا خيار له ، وإن لم يعلم فله الخيار ، ولو تعين مكان البيع للتسليم لما كان له الخيار وعورض بأن مكان العقد لو تعين لبطل العقد ببيان مكان آخر كما في بيع العين ، فان من اشترى كر حنطة وشرط على البائع الحمل إلى منزله يفسد عقده ، سواء اشتراها في المصر أو خارجه بجنسه أو بخلاف جنسه . والجواب على النقص أن مكان البيع يتعين للتسليم إذا كان البيع حـاضراً والبيع في السلم حاضر لانه في ذمة المسلم إليه وهو خاص في مكان العقد ، فيكون المبيع حاضراً بحضوره ، وفيه نظر ، لان فيه قيداً لم يذكر في التعليل ، ومثله بعـد انقطاعا . وعن المعارضة بأن التعيين بالدلالة فاذا جاء صريح يخالفها يبطلها ، وإنما فسد في بيع العين ، لانه قابل الثمن بالمبيع والحمل فيصير صفقة في صفقة .

(ولابي حنيفة ان التسليم) أي تسليم السلم فيه (غير واجب في الحال) لاشتراط الاجل بالإتفاق وكل ما هو تسليمه غير واجب في الحال (فلا يتعين) مكان العقد فيـه للتسليم (بخلاف القرض والغصب) والاستهلاك ، فان تسليمها ليستحق بنفس الالتزام فيتعين موضعه (فاذا لم يتعين) أي مكان العقد للإيفاء بقي مكان الإيفـاء مجهولاً

فالجهالة فيه تفضي إلى المنازعة ، لأن قيم الأشياء تختلف باختلاف المكان ، فلا بد من البيان ، فصار كجهالة الصفة ، وعن هذا قال من قال من المشايخ أن الاختلاف فيه عنده يوجب التحالف كما في الصفة . وقيل على عكسه لأن تعين المكان قضية العقد عندهما . وعلى هذا الخلاف الثمن والأجرة

(فالجهالة فيه تفضي إلى المنازعة ، لان قيم الاشياء تختلف باختلاف المكان) ورب السلم يطالبه في موضع يكثر فيه الثمن والمسلم إليه يسلمه في اختلاف القيم ذلك (فلا بد من البيان) دفعا للمنازعة (فصار كجهالة الصفة) يعني خلال إن اختلاف الصفة في المسلم فيه تختلف القيمة ، فكذلك باختلاف المكان تختلف أيضا ، ثم مع جهالة الصفة لا يجوز السلم فكذلك لا يجوز مع جهالة المكان لهذا المعنى فلا بد من البيان .

(وعن هذا) أي عن هذا الذي قلنا ، وهو اختلاف المكان كجهالة الصفة (قال من قال من المشايخ ، أن الاختلاف فيه) أي في مكان الإيفاء (عنده) أي عند أبي حنيفة (يوجب التحالف كما في الصفة) أي كما إذا اختلفا في صفة الجودة والرداءة في أحد بدلي السلم (وقيل على عكسه) أي لايوجب التحالف عنده بل القول قول المسلم إليه ، وعندهما يتحالفان هكذا ذكر الخلاف القدوري وصاحب الإيضاح وصاحب الكفاية ، لأن المكان يتعين عندهما ، وهو معنى قوله (لأن تعين المكان قضية العقد) أي مقتضاه(عندهما) أي عند أبي يوسف ومحمد ،فكان الاختلاف في المكان كالاختلاف في نفس العقد ، وعنده لما لم يكن من مقتضيات العقد صار بمنزلة الأجل ، والاختلاف فيه لايوجب التحالف .

(وعلى هذا الخلاف) وهو انه هل يشترط بيان مكان إيفاء الثمن في بيع العين إذا كان له حمل ومؤنة (الثمن) صورته جعل المكيل أو الموزون ديناً فيالذمة ثمناً في البيع يشترط بيان مكان الإيفاء عند أبي حنيفة ، خلافاً لهما (والأجرة) صورته منصوص في كتاب الإجارات إذا كان الشيء الذي جعل اجراً ديناً ولحمله مؤنة عند أبي حنيفة

والقسمة،وصورتها إذا اقتسما داراً وجعلا مع نصيب أحدهما شيئاً له حمل ومؤنة . وقيل لا يشترط ذلك في الثمن ، والصحيح أنه يشترط إذا كان مؤجلاً وهو اختار شمس الأئمة السرخسي وعندهما يتعين مكان الدار ومكان تسليم الدابة للإيفاء . قال وما لم يكن له حمل ومؤنة لا يحتاج فيه إلى بيان مكان الإيفاء بالإجماع لأنه لا يختلف قيمته ويوفيه في المكان الذي أسلم فيه .

لا يصح إلا بتعيين مكان الإيفاء ، وعندهما يجوز من غير تعيين كما يجيء الآن (والقسمة وصورتها إذا اقتسما داراً وجعلا مع نصيب أحدهما شيئاً له حمل ومؤنة) يشترط بيان مكان الإيفاء عند أبي حنيفة ، وعندهما لا يشترط ويتعين مكان القسمة (وقيل لا يشترط ذلك) أي بيان مكان الإيفاء (في الثمن) عند الكل (والصحيح انه) أي أن بيان مكان الإيفاء (يشترط إذا كان مؤجلاً) عند أبي حنيفة (وهو اختيار شمس الأئمة السرخسي) وبه قال الشافعي .

(وعندهما) أي عند أبي يوسف ومحمد (يتعين مكان الدار) في إجارة الدار (ومكان تسليم الدابة) في إجارة الدابة (للإيفاء) أي لأجل إيفاء الإجرة .

(قال) أي قال محمد في الجامع الصغير (ومالم يكن له حمل ومؤنة) كالمسك والكافور والزعفران وصغار اللؤلؤ (لا يحتاج إلى بيان مكان الإيفاء بالإجماع) أي بإجماع الأئمة الأربعة وأصحابهم (لأنه) أي لأن ماليس له حمل ومؤنة (لا يختلف قيمته) لأن الأماكن كلها سواء والمال لا تختلف باختلاف الاماكن فيما لا حمل ولا مؤنة ، وإنما تختلف بعبرة الوجود وكثرة رغبات الناس وقلتها . وقيل مالم يكن له حمل ومؤنة هو الدين لو امر انساناً بحمله إلى مجلس القضاء مجاناً وقيل هو مايمكن دفعه بيد واحدة (ويوفيه) أي يوفي المسلم اليه المسلم فيه (في المكان الذي أسلم فيه) لأنهم اتفقوا على أن بيان مكان الإيفاء فيه ليس بشرط لصحة السلم لعدم اختلاف القيمة ، ولكن هل يتعين مكان العقد للإيفاء فيه روايتان .

قال رضي الله عنه وهذه رواية الجامع الصغير والبيوع ، وذكر في الإجارات أنه يوفيه في أي مكان شاء وهو الأصح ، لأن الأماكن كلهـــا سواء ولا وجوب في الحال ، ولو عينا مكاناً قيل لا يتعين لأنه لا يفيد . وقيل يتعين لانه يفيـــد سقوط خطر الطريق . ولو عين المصر فيما له حمل ومؤنة يكتفى به لانه مع تباين أطرافه كبقعة واحدة فيما ذكرنا .

أشار المصنف إليهما بقوله (قال رضي الله عنه) أى المصنف رحمه الله (وهذا) أي قوله ويوفيه في المكان الذي أسلم فيه (رواية الجامع الصغير والبيوع) أي بيوع الأصل وهو المبسوط (وذكر في الإجارات) أي في كتاب الاجارات (أنه يوفيه في أي مكان شاء) أي المسلم إليه (وهو الأصح) أي المذكور في الإجارات هو الأصح ، وبه قال الشافعي في الأصح (لأن الاماكن كلها سواء) وقد ذكرناه الآن (ولا وجوب في الحال) جواب عن سؤال ، وهو أن يقال يجوز أن يتعين مكان العقـــد ضرورة وجوب التسليم ، فقال لايجب التسليم في الحال ليتعين ضرورة اعتباره (ولو عينا مكاناً) أي فيما لاحمل له ولا مؤنة (قيل لا يتعين لأنه) أي لأن التعيين (لا يفيد) حيث لا يلزم بثقله مؤنـــة (سقوط خطر الطريق) لرب السلم .

(ولو عين المصر) أي رب السلم (فيما له حمل ومؤنة يكتفي به) وفي بعض النسخ يكتفى به ، أي يتعين المصر (لأنه) أي لأن المصر (مع تباين أطرافه كبقعة واحدة) أي كمكان واحد ، لأن القيمة لا تختلف باختلاف المصر عادة ، حتى قيل هـــذا إذا لم يكن المصر عظيماً ، فلو كان بين نواحيه فرسخ ولم يبين ناحيته منه لايجوز ، لأن هذه جهالة مفضية إلى المنازعة ، كذا في المحيط (فيما ذكرنا) قال الكاكي أي في اختلاف القيمة . وقال الأترازي قوله فيما ذكرنا ، أي المصر مع تباين أطرافه كبقعة واحدة في القيمة ، حيث لايختلف باختلاف الحال ، وهذا لودفع المال مضاربة ليعمل بالكوفة كان له أن يعمل في أي مكان شاء منها ، وقال الأكمل ومما ذكرنا من انه لايختلف قيمته

قال ولا يصح السلم حتى يقبض رأس المال قبل أن يفارقه فيه ، أما إذا كان من النقود فلأنه افتراق عن دين بدين ، وقد نهى النبي عليه السلام عن الكالي بالكالي وإن كان عيناً فلأن السلم أخذ عاجلاً بآجل إذ الإسلام والاسلاف ينبئان عن التعجيل فلا بد من قبض أحــد العوضين ليتحقق معنى الاسم . ولأنه لا بد من تسليم رأس المال

باختلاف المحلة . وقيل فيما ذكرنا من المسائل وهي الثمن والأجرة والقسمة .

(قال) أي القدوري (ولا يصح السلم حتى يقبض رأس المال قبل أن يفارقه فيه) أي في المجلس ، والمـراد منه المفارقة بالأبدان ، ألا ترى إلى ما قال في شرح الطحاوي تسليم رأس المال ليس بشرط في مجلس العقد ، وإنما تسليمه جعل إلى المسلم إليه شرطاً قبل الافتراق بالأبدان ، ألاترى أنهما لو تعاقدا عقد السلم ومكثا بعد ذلك يوماً إلى الليل ولم يغب أحدهما عن صاحبه ، ثم أسلم رأس المال وافترقا صح السلم . واعلم أن **تسليم رأس** المال قبل المفارقة شرط .

(أما إذا كان في النقود) مثل الدراهم والدنانير وافترقا قبل قبض رأس مال السلم فانه لايصح (فلأنه افتراق عن دين بدين) وذلك لايجوز (وقد نهى النبي ﷺ عن الكالي بالكالي) وهذا الحديث قد تقدم أي النسبة بالنسبة (وإن كان) أي رأس المال (عيناً) كالتبر والمصوغ والثوب والحيوان (فلأن السلم أخذ عاجل بآجل) لأنه عقد تثبت الملك في الثمن عاجلاً ، وفي الثمن آجلا ، فاشترط تعجيل رأس المال يستحق به المعنى الذي وضع له الاسم (إذ الإسلام والاسلاف ينبئان عن التعجيل) لأن السلم أخذ عاجل بآجل ، والسلم فيه آجل ، فيجب ان يكون رأس المال عاجلاً ليكون حكمه على وفق مايقتضيه اسمه كما في الصرف والحوالة والكفالة ، فإن هــذه العقود تثبت أحكامها بمقتضيات أساميها لغة ، كذافي المبسوط ، فإذا كان الاسم كذلك (فلابد من قبض أحد العوضين ليتحقق معنى الاسم) أي اسم السلم أو السلف .

(**ولأنه لا بد من** تسليم رأس المال ليتقلب) أي ليتصرف (المسلم اليه فيه) أي في رأس

ليتقلب المسلم إليه فيقدر على التسليم ، ولهـــذا قلنا لا يصح السلم إذا كان فيه خيار الشرط ، لهمـــا أو لاحدهما لانه يمنع تمام القبض لكونه مانعاً من الإنعقاد في حق الحكم ، وكذا لا يثبت فيه خيار الرؤية لانـــه غير مفيد . بخلاف خيار العيب لانه لا يمنـع تمام القبض . ولو أسقط

المال (فيقدر) بالنصب عطفاً على ليتقلب (على التسليم) إذا كان فيه الشرط لهما (ولهذا) إيضاح لاشتراط قبض رأس مـــال السلم (قلنا لايصح السلم إذا كان فيه خيار الشرط لهمـــا) أي للمتعاقدين (أو لأحدهما) أي أو كان خيار الشرط لأحدهما (لأنه) أي لأن خيار الشرط (يمنـع تمام القبض لكونه مانعاً من الانعقاد في حق الحكم) وهو ثبوت الملك (وكذلك لا يثبت فيه) أي في السلم (خيار الرؤية لأنه غير مفيد) إذ فائدة الخيار رد المبيع والمسلم فيه دين في الذمة ، فإذا رد المقبوض عاد ديناً كماكان ، لأنه لم يرد عين ماتناوله العقد ، لأن العقد لم يتناول هذا المقبوض ، وإنما تناول مثله ديناً في الذمـة فلا ينفسخ العقد برده ، بل يعود حقه في مثله ، فإذا لم يفد فائدته لايثبت ، بخلاف بيع العين ، فانه لو رد العين بخيار الرؤية ينفسخ العقد ، لأنه رد عين ما تناوله العقد فينفسخ العقد برده ، كذا ذكره شيخ الاسلام خواهر زاده رحمه الله . وقال الأترازي قوله وكذا لايثبت فيه خيار الرؤية فيه إشكال ، لأن الضمير في قوله فيه إما أن يراد به رأس المال أو السلم فيه ، فلا يجوز الأول لأن خيار الرؤية ثابت في رأس المال ، وبه صرح في التحفة ، ولايجوز الثاني أيضاً لأنه لايرتبط به الكلام ، لأن سوق كلامـــه أن تسليم رأس المـــال شرط قبل المفارقة ، وأوضح ذلك بعدم صحة السلم بخيار الشرط ، ويبقى قوله وكذا لايثبت خيار الرؤية فيه أجنبياً ، انتهى . وقال الاكمل انه يعود إلى المسلم فيه ، وذكره واستطرد ويجوز أن يعود إلى رأس المال .

(بخلاف خيار العيب ، لأنه لايمنع تمام القبض) لأن تمام العقد يتعلق بتمام الصفقة وتمـــام الصفقة يتعلق بتمام الرضى ، والرضى تام وقت العقد ، كذا في المبسوط (ولو

خيار الشرط قبل الافتراق ورأس المال قائم جاز ، خلافاً لزفر « رح » وقد مر نظيره ، وجملة الشروط جمعوها في قولهم اعلام رأس المال وتعجيله واعلام المسلم فيـــه وتأجيله ، وبيان مكان الإيفاء والقدرة على تحصيله ، فإن أسلم مائتي درهم في كر حنطة مائة منها دين على المسلم إليه ومائة نقـــد ، فالسلم في حصة الدين باطل لفوات القبض ،

اسقط) أي رب السلم (خيار الشرط قبل الافتراق ورأس المال قائم) أي والحال أن رأس المال قائم في يد المسلم إليه (جاز) أي السلم عندنا ، وإنما قيد بأن يكون رأس المال قائماً ، لأنه إذا أسقط خياره بعد هلاك رأس المال في يد المسلم إليه وانفاقه لا يعود السلم جائزاً بالإجماع (خلافاً لزفر « رض ») والشافعي ومالك أيضاً (وقد مر نظيره) أي مر نظير هذا في باب البيع الفاسد وهو انه إذا باع لأجل مجهول كالحصاد والدياس ونحوهما ثم تراضيا باسقاط الأجل قبل الأجل جاز عندنا خلافاً لهم .

(وجملة الشروط) أي جملة شروط السلم (جمعوها) أي جمعها المشايخ (في قولهم إعلام رأس المال) هو مشتمل على بيان جنسه وقـــدره وصفته (وتعجيله) المراد به التسليم قبل الافتراق (واعلام المسلم فيه) أي وفي اعلام المسلم فيه ، وهو مشتمل على بيان الجنس والنوع والصفة والقدر (وتأجيله) يعني أجل معلوم (وبيان مكان الإيفاء) أي وفي بيان مكان إيفاء المسلم فيه (والقدرة على تحصيله) أي في القدرة على تحصيل المسلم فيه ، وهو أن لاينقطع ، وهذه الشروط مر بيانها جميعها عند قوله ولا يصح السلم عند أبي حنيفة إلا بسبع شرائط .

(فإن أسلم) وفي نسخة تاج الشريعة ومن أسلم (مائتي درهم في كـــر حنطة) قال الاترازى الكر ستون قفيزاً ، والقفيز ثمانية مكاكيك ، والمكوك صاع ونصف ، وفي الجامع الصغير جاء الكر اسم لأربعين قفيزاً كذا في المغرب (مائة منها دين على المسلم إليه ، ومائة نقد ، فالسلم في حصة الدين باطل) وبه قال الشافعي « رض » (لفوات القبض)

ويجوز في حصة النقد لاستجماع شرائطه ، ولا يشيع الفساد ، لان الفساد طـــارىء إذ السلم وقع صحيحاً ، ولهذا لو نقد رأس المال قبل الإفتراق صح ، إلا انه يبطل بالإفتراق لما بينا ، وهذا لان الدين لا يتعين في البيع ، ألا ترى انهما لو تبايعا عيناً بدين ثم تصادقا أن لا دين لا يبطل البيع فينعقد صحيحا .

في قدر الدين، إذ العقد لايتعلق بالدين المضاف إليه ، وإنما ينعقد بمثله ، وهو غير مقبوض (ويجوز في حصة النقد لاستجماع شرائطه)أي شرائط السلم(ولا يشيع الفساد)جواب عن قول زفر ، فإنه يقول يشيع الفساد ويبطل العقد في حصة النقد ايضاً ، لأن هـــذا فساد قوي تمكن في صلب العقد فيفسد به الكل . وقال المصنف ما يشيع الفساد (لأن الفساد طارىء) لأنه ما اقترن بأصل العقد ، لأن كونه ديناً عفو في المجلس، ألا ترى أنهما لوأخرا التسلم والتسليم إلى آخر المجلس يكون العقد صحيحاً(إذ السلم وقع صحيحاً، ولهذا لو نقد رأس المال قبل الافتراق صح) السلم (الا انه يبطل بالافتراق لمابينا)إشارة إلى قوله وقد نهى النبي ﷺ عن الكالي (وهذا) إشارة إلى قوله إذ المسلم وقع صحيحاً (لأن الدين لايتعين في البيـع) لأن النقود لاتتعين في المعقود إذا كانت عيناً ، فكذا إذا كانت ديناً ، فصار الإطلاق والتقييد سواء .

(ألا ترى أنهما لو تبايعا عيناً بدين ثم تصادقا أن لا دين لايبطل البيـع فينعقد صحيحاً) ويستدل بهذه المسألة على أن الدين لايتعين بإضافة العقد إليه ، فيكون الإطلاق والتقييد فيه سواء . وفي النهاية إنما قيد بقوله مائة منها على المسلم إليه ، لأنـــه لوكان ديناً على الأجنبي والمسألة بحالها يشيع الفساد في الكل ، لأنها ليست بمال في حقهما ، ومذهبنا مروي عن ابن عباس .

فإن قيل هذا منقوض بثلاث مسائل ، إحداها أن الرجل إذا قال إن بعت هـــذا العبد بهذا الكر من الحنطة وبهذه الدراهم فهما في المساكين صدقـــة فباعه بهما يحنث بالكر والدراهم ، وهذا آية تعيين النقود . وثانيها أن الرجل إذا باع ديناراً بعشرة فنقد

قال ولا يجوز التصرف في رأس مـــال السلم والمسلم فيه قبل القبض ، أما الاول فلما فيه من تفويت القبض المستحق بالعقـد ، وأما الثاني فلأن المسلم فيـــه مبيـع والتصرف في المبيـع قبـل القبض لا يجوز ،

الدينار ولم يقبض العشرة ، حتى اشترى بالعشرة ثوباً فالبيع فاسد . ثالثها أن الرجـل إذا باع عيناً بدين وهما يعلمان أن لا دين فالبيـع فاسد ولو كان الإطلاق والتقييد سواء لجاز العقدان ولما حنث في المسألة الأولى .

قلنا أما الأولى فنحن ندعي أن النقود لا تتعين في العقود استحقاقاً لا جـــوازاً فلا يلزم لأنها تتعين جوازاً للإستحقاق . وأما الثانية فلانتقاص الصرف باختلاف الجنس بالاستعمال بالعقـــد الآخر ، فيتحقق البيـع بلا ثمن . وأما الثالثة فإنما لم يجز البيـع لمكان الهازل به ، لأن هذا بيع بلا ثمن ، فيكون منهما تهازلاً به وهي تتعين في حق الجواز .

(قال) أي القدوري (ولا يجوز التصرف في رأس مال السلم والمسلم فيه قبـــل القبض) هذا باتفاق الفقهاء (أما الأول) أي التصرف في رأس مال السلم قبل القبض (فلما فيه من تفويت القبض المستحق بالعقد) لأن قبض رأس المال في المجلس حق الله تعالى والتصرف يبطله ، وإنما شرط القبض احترازاً عن الكالي بالكالي ،فلو جاز التصرف فيه بالبيـع والهبة والوصية ونحوها فات الشرط .

(واما الثاني) وهو التصرف في المسلم فيه قبل القبض (فـــلأن المسلم فيه مبيـع ، والتصرف في المبيـع قبل القبض لا يجوز) أما لو دفع إليه أردأ أو أجود برضى المسلم إليه جاز ، لأنه جنس حقه فلم يكن استبدالاً ، ولو أبرأه عنه فقبل يبطل العقد لعدم القبض ، ولو رد البراءة لم تبطل والتخلية فيه قبض عند محمد « خـلافاً لأبي يوسف ، وإنما قيد بقوله قبل القبض احترازاً عما بعد القبض ، ولهذا قال في شرح الطحاوي ولا بأس أن يبيع رب السلم سلمه بعد قبضه إياه مرابحة على رأس المال ، وأن يبيعه تولية ، وأن يبيعه مواضعة ، وأن يشرك فيه غيره .

ولا يجوز الشركة والتولية في المسلم فيه ، لانه تصرف فيه فإن تقايلا السلم لم يكن له أن يشتري من المسلم إليه برأس المال شيئا ، حتى يقبضه كله لقوله عليه السلام لا تأخذ إلا سلمك أو رأس مالك

(ولايجوز الشركة والتولية في المسلم فيه) قبل قبضه (لأنه) أي لأن كل واحد من الشركة والتولية (تصرف فيه) أي في المسلم والتصرف فيه قبل القبض لايجوز، وهذا أيضاً من لفظ القدوري ، وإنما خصهما بالذكر بعدما عمها بقوله ولا يجوز التصرف .. إلى آخره ، لأنهما أكثر وقوعاً من المرابحة والمواضعة ، وقيل احترازاً عن قول البعض انه يجوز عنده التولية في بيع العين والسلم ، وحكي ذلك عن مالك .

(فإن تقايلا السلم لم يكن له أن يشتري من المسلم إليه برأس المال شيئاً آخر ، حتى يقبضه كله) هذه من مسائل الجامع الصغير ، وصورة المسألة فيه محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة رضي الله عنه في رجل أسلم إلى رجل عشرة دراهم في كر حنطة فتقايلا السلم ، فأراد رب السلم أن يشتري برأس مال السلم شيئاً قبل أن يقبضه ، قال ليس له ذلك ولا يجوز شراؤه . قوله لم يكن له أن يشتري . وفي الإيضاح هذا الاستحسان والقياس لايجوز ، وهو قول زفر والشافعي لأنهما لما تقايلا بطل السلم ، وبقي رأس المال ديناً في حصته فيصح الاستبدال به كسائر الديون ، لأنه لايجب قبضه في المجلس ، ودليلنا قول المصنف رحمه الله (لقوله عليه السلام) أي لقول النبي ﷺ (لاتأخذ إلا سلمك أو رأس مالك) لم أر أحداً من الشراح بين حال هذا الحديث ، غير أن الأترازي قال واحتج أصحابنا بما روي عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه قال ، قال رسول الله ﷺ من أسلم في شيء فلا يصرفه إلى غيره ، ورواه الترمذي في علله الكبرى ، وقال لا أعرفه مرفوعاً من هذا الوجه ، وهو حديث حسن .

ورواه ابن ماجة في سننه عن عطية عن النبي ﷺ مرسلاً ولم يذكر منه أبا سعيد ، ورواه الدارقطني في سننه بلفظ فلا يأخذ الاما أسلم فيه أو رأس ماله ، وهذا قريب من

أي عند الفسخ ، ولأنه أخذ شبهاً بالمبيع فلا يحل التصرف فيه قبل قبضه ، وهذا لأن الإقالة بيع جديد في حق ثالث ، ولا يمكن جعل المسلم فيه مبيعاً لسقوطه فجعل رأس المال مبيعاً ، لأنه دين مثله ،

لفظ المصنف . وروى عبد الرزاق في مصنفه أخبرنا معمر عن قتادة عن ابن عمر رضي الله عنهما قال إذا أسلفت في شيء فلا تأخذ إلا رأس مالك أو الذي أسلمت فيه (أي عند الفسخ) هذا تفسير من المصنف ، والمعنى لاتأخذ إلا سلمك ، أي المسلم فيه حال قيام العقد أو رأس مالك عند الانفساخ إذ لايمكنه أخذه حال قيام العقد ، فقد جعل حق رب السلم أخذ السلم فيه وبعده أخذ رأس المال .

(ولأنه) أي ولأن رأس المال (أخذ شبهاً بالمبيع،فلايحل التصرف فيه قبل قبضه) أي في رأس المال قبل قبضه (وهذا) أي كونه مشابهاً للمبيع (لأن الإقالة بيع جديد) أي بيع ابتداء (في حق ثالث) أي غير المتعاقدين (ولا يمكن جعل المسلم فيه مبيعاً لسقوطه) أي بالإقالة ، هذا جواب سؤال ، وهو أن يقال لم لايجوز أن يجعل بيعاً جديداً في جانب المسلم فيه حتى لا يكون لرأس المال جهة كونه مبيعاً، فقال لايمكن جعله مبيعاً لسقوطه لأنه دين يثبت بالسلم ويسقط بالإقالة ، ولهذا ان الإقالة في باب السلم لا تحتمل النقض بعد وقوعها لسقوط المسلم فيه عن الذمة ، فلو صح بنقضها لعاد المسلم فيه واجباً ، والساقط لايعود (فجعل رأس المال مبيعاً لأنه دين مثله) أي مثل المسلم فيه ، وجعل الدين مبيعاً ليس بمحال فجعل رأس المال مبيعاً ضرورة إذ لو لم يجعل مبيعاً تبطل الإقالة ألاترى انهما لو تقايلا في باب البيع وهلك المبيع بعد الإقالة قبل القبض تبطل الإقالة ، وهاهنا لما تقايلا سقط والمسلم فيه ، وصار كالهالك ، فلو لم يجعل رأس المال مبيعاً لبطلت الإقالة وقد صحت هاهنا، فلا بد من قيام المعقود عليه وليس ذلك إلا رأس المال لسقوط المسلم فيه ، إلا انه لا يجب جواب سؤال وهو أن يقال لو كان هذا بمنزلة بيع جديد وجب أن يقبض رأس المال في المجلس ، لأن إقالة بيع السلم بمنزلة بيع السلم وفيه القبض شرط وبالإجماع لايجب قبضه في المجلس .

إلا أنه لا يجب قبضه في المجلس ، لأنـــه ليس في حكم الإبتداء من كل وجه ، وفيه خلاف زفر « رح » ، والحجة عليه ما ذكرناه .
قال ومن أسلم في كر حنطة فلما حل الأجل اشترى المسلم إليـــه من رجل كراً وأمر رب السلم بقبضه قضاء لم يكن قضاء ، وإن أمره أن يقبضه فاكتاله له

فأجاب بقوله (إلا أنه) أي أن رأس المال (لا يجب قبضه في المجلس لأنه) أي لأن الإقالة على تأويل تصرف الإقالة (ليس في حكم الابتداء) أي ابتداء عقد المسلم (من كل وجه) لأن المسلم عقد من كل وجه ، والإقالة فسخ في حق المتعاقدين بيع في حـــق ثالث ، فكان عقداً من وجه (وفيه) أي وفي جعل رأس المال بعد الإقالة مبيعاً (خلاف زفر « رح ») والشافعى أيضاً ، فإنهما يقولان لو تقايلا السلم واشترى رب السلم برأس المال شيئاً قبل القبض يجوز ذلك ، وهو القياس لأنهما لمـــا تقايلا ارتفع العقد وعاد الملك في الدراهم على قديم الملك ، فجاز الاستبدال عنه ، ولهذا لم يجب قبضه في المجلس فصار كدين القرض والغصب .

(والحجة عليه) أي على زفر (ما ذكرناه) أي من الحديث والمعقول ، أما الحديث فهو قوله عليه السلام لا تأخذ إلا سلمك أو رأس مالك ، وأما المعقول فهو ما ذكـــره من قوله ولأنه أخذ شبهاً بالمبيع ... إلى آخره ، وقد مر بيانه .

(قال) أى محمد في الجامع الصغير (ومن أسلم في كر حنطه فلما حل الأجل) اي أجـــل السلم (اشترى المسلم إليه من رجل كراً) وهو ستون قفيزاً (وأمر رب السلم بقبضه) أي بقبض الكر الذي اشتراه من رجل (قضاء) أي لأجل القضاء لحقه (لم يكن قضاء) أي لم يكن إذا لحقه ، وفي الثاني إذا أمره بقبضه فاقتضاه رب السلم لم يكن قبضاً عن المسلم فيه حتى لو هلك المقبوض في يد رب السلم هلك من مال المسلم إليه (وإن أمـــره أن يقبضه له) أى وإن أمـــر المسلم إليـــه رب السلم أن يقبضه ، أي يقبض السلم فيه لأجل المسلم إليه (ثم يقبضه فاكتاله) أي لأجل المسلم

ثم اكتاله لنفسه جـــاز ، لأنه اجتمعت الصفقتان بشرط الكيل فلا بد من الكيل مرتين لنهي النبي عليه السلام عن بيع الطعام حتى يجري فيه صاعان ، وهذا هو محمل الحديث على مــــا مر ، والسلم وإن كان سابقاً لكن قبض المسلم فيه لاحق ، وانه بمنزلة ابتداء البيع ،

إليه (ثم اكتاله لنفسه جاز لأنه اجتمعت الصفقتان بشرط الكيل) أحدهما صفقة عقد السلم ، والثانية هي الصفقة التي جرت بين المسلم إليه مع رب السلم (فلا بدمن الكيل مرتين لنهي النبي ﷺ عن بيـع الطعام حتى يجري فيه صاعان) تقدم هذا الحديث في المرابحة والتولية (وهذا هو محمل الحديث) يعني معنى قوله عليه السلام حتى يجري فيه صاعان هو محمل الحديث ، يعني اجتماع الصفقتين المذكورتين (على مامر) في الفصل الذي بعد باب المرابحة والتولية ، وهو قوله ومحمل الحـــديث اجتماع الصفقتين على ما نبين .

والأصل في هذا أن العقد إذا وقع مكايلة أو موازنة لم يجز للمشتري أن يتصرف حتى يعيد الكيل أو الوزن ثانياً للحديث المذكور ، وهو ما رواه ابن ماجة في سننه عن جابر رضي الله عنه قال نهى النبي ﷺ عن بيع الطعام حتى يجري فيه الصاعان ، صاع البائع وصار المشتري والسلم بيع بشرط الكيل فيشترط الكيل ثانياً ، لأنه إذا كاله ثانياً ربما يزيد على قدر الكر فلا تسلم له الزيادة ، فلو جاز التصرف قبل الكيل ثانيـــاً يلزم التصرف في مال الغير وهو حرام .

(والسلم وإن كان سابقاً) هذا جواب عما يقال بيـــع المسلم إليه مع رب المسلم كان سابقاً على شراء المسلم إليه من بائعه ، فلا يكون المسلم إليه بائعاً بعد المشتري فلم تتحقق الصفقة الثانية ليدخل تحت النهي .وتقرير الجواب القول بموجب العلة سلمنا ذلك ، ولكن السلم وإن كان سابقاً على شراء المسلم إليه من بائعه (لكن قبض المسلم فيـه لاحق) في التقدير فتجتمع الصفقتان في التقدير (وانه) أي وان قبض المسلم فيه (بمنزلة ابتداء البيـــع) تحقيق هذا ما قاله المقبوض في مسائل السلم غير المسلم فيه حقيقة ، فباعتبار

لأن العين غير الدين حقيقة وإن جعل عينــــه في حق حكم خاص وهو حرمة الاستبدال فيتحقق البيع بعد الشراء ، وإن لم يكن سلماً وكان قرضاً فأمره بقبض الكر جاز ، لأن القرض إعارة ولهـــذا ينعقد بلفظ الإعارة فكان المردود عين المأخوذ مطلقاً حكماً ، فلا تجتمع الصفقتان .

هذه الحقيقة لم يكن المقبوض عين ما تناوله العقد فلا بد من طريق يجعل بذلك الطريق كأنه عين المعقود عليه،وذلك بأن يجعل عند القبض كأنهما جددا ذلك العقد على المقبوض، وإنما قال بمنزلة ابتداء البيع ، لأن المسلم فيه دين في ذمته والمقبوض عين وهو غير الدين ، وهو معنى قوله (لأن العين غير الدين حقيقة) وهو ظاهر ، وقوله (وإن جعل) كلمة ان واصلة بما قبله ، أي وإن جعل الدين (عينه) أى وإن جعل المقبوض عين الدين (في حق حكم خاص وهوحرمة الاستبدال)لأنه لو لم يجعل في حق الاستبدال عين حقه يلزم استبدال المبيع قبل قبضه ، وذا لا يجوز . وإذا جعل الدين عين المقبوض الذي هو الدين ضرورة حرمة الاستبدال فلا يتعدى ، فبقي ما وراءه كالبيع (فيتحقق البيع بعد الشراء) أي بيع السلم إليه منرب المسلم بعد شراء المسلم إليه من بائعه بشرط الكيل ،فقد اجتمعت الصفقتان فلا بدمن تكرار الكيل .

(وإن لم يكن) أي الكر (سلماً وكان قرضاً فأمره) أي فأمر المستقرض القرض (بقبض الكر جاز ، لأن القرض إعارة ، ولهذا) أي ولأجل كون القرض إعـــارة (ينعقد) أي القرض (بلفظة الإعـــارة) بأن يقول أعرتك هذا المبلغ من الدراهم أو الدنانير ، فإذا كان إعارة (فكان المردود عين المأخوذ) أي عين المقبوض (مطلقاً) أي سواء كان في حق الاستبدال أو غيره (حكماً) أي تقديراً ، ولا يلزم تمليك الشيىء بجنسه نسبة ، وهو ربا ، فإذا كان كذلك (فلا تجتمع الصفقتان) فيكتفى بكيل واحد . وفي الشامل في كل موضع وجد عقدان لا يكتفى بكيل واحد وإن كان بحضرة الآخر وفي كل موضع وجد عقد واحديكتفى فيه بكيل واحد،وكذلك إذا اشترى موازنة لايتصرف

قـــال ومن أسلم في كر فأمر رب السلم أن يكيله المسلم إليه في غرائر رب السلم ففعل وهو غائب لم يكن قبضـــاً لأن الأمر بالكيل لم يصح ، لأنـــه لم يصادف ملك الأمر ، لأن حقه في الدين دون العين ، فصار المسلم إليه مستعيراً للغرائر منه ، وقد جعل ملك نفسه فيها ، فصار كما لو كان عليـــه دراهم دين فدفع إليه كيساً ليزنها المديون فيه لم يصر قابضاً ، ولو كانت الحنطة مشتراة

مالم يستزنه ، فإن اشترى مجازفة أو أخـــذ قرضاً جاز أن يترك الكيل والوزن . ولو اشترى المعدود عداً هل يشترط العد ثانياً ، فيه روايتان .

(قال) أي محمد في الجامع الصغير (ومن أسلم في كر فأمر رب السلم أن يكيله المسلم إليه في غرائر رب السلم) الغرائر جمع غرارة بكسر الغين المعجمة ، قال الجوهري الغرارة واحدة الغرائر التي للتبين وما أظنه عربياً (ففعل وهو) أي رب السلم (غائب لم يكن قبضاً) أي قبضاً يريد به إذا كان الطعام عيناً ، وإنما قيد بقوله وهو غائب لأنه إذا كان حاضراً صار المسلم إليه قابضاً سواء كان الغرائر له أو للبائع أو كانت مستأجـــرة ، وبه صرح الفقيه أبو الليث رحمه الله ، وإنما لم يكن قضاء (لأن الأمـــر بالكيل لم يصح ، لأنه لم يصادف ملك الامر) لأنه تناول عيناً مملوكة للبائع (لأن حقه) أي حق رب السلم (في الدين دون العين) لأن جعل العين وهو وصف ثابت في الذمة في غرائر رب السلم محال . وحقه في العين انما يتحقق بالقبض ولم يوجد (فصار المسلم إليه مستعيراً للغرائر منه) أي من رب السلم (وقد جعل ملك نفسه فيها) أي وقد جعل المسلم اليه ملك نفسه في الغرائر فلم يصر رب السلم قابضاً حتى إذا هلك الكر هلك من مال المسلم إليه وبقي الدين في ذمته كما كان .

(فصار) أي رب السلم (كما لو كان عليه دراهم دين فدفع إليه) أي فدفع الدائن إلى المديون (كيساً ليزنها المديون فيه) أي في الكيس (لم يصر قابضاً) بوزنه فيه (ولو كانت الحنطة مشتراة) بـأن اشترى حنطة بعينها (والمسألة بحالهـــا) وهي

والمسألة بحالها صار قابضاً ، لأن الأمر قـــد صح حيث صادف ملكه ، لأنه ملك العين بالبيع . ألا ترى انه لو أمره بالطحن كان الطحين في السلم للمسلم إليـــه ، وفي الشراء للمشترى لصحة الأمر ، وكذا إذا أمره أن يصيبه في البحر في السلم يهلك من مال المسلم إليه وفي الشراء من مال المشتري ، ويتقرر الثمن عليه لما قلنـــا ، ولهذا يكتفي بذلك الكيل في الشراء في الصحيح ، لأنه نائب عنه

أنه دفـع غرائره إلى البائع وقال اجعلهـا فيها ففعل والمشتري حاضر أو غائب (صار قابضاً ، لأن الأمر قـــد صح حيث صادف ملكه ، لأنه ملك العين بالبيع) يعني بنفس العقد فصح الأمر لمصادفة الملك ، وإذا صح صار البائع وكيلاً عنه في امساك الغرائر فبقيت الغرائر في يد المشترى حكماً ، فصار الواقع فيها واقعاً في يد المشتري حكماً لأن فعل نائبه كفعله ، حتى لو كانت الغرائر للبائع لايصير قابضاً في رواية عن محمد . وقال الشافعي رضي الله عنه لا يصير قابضاً سواء كانت الغرائر للمشتري أو للبائـع كما في السلم .

(ألا ترى) توضيح لتملكه بالبيع (انه) أي ان المشتري (لو أمره) أي لو أمر البائع (بالطحن) أي بطحن الحنطة المشتراة (كان الطحين في السلم للمسلم إليه) لأن الأمر بالطحن في السلم لم يصح ، لأنه تلاقى ملك المسلم إليه فلا يصح (وفي الشراء) أي وكان الطحين في الشراء (للمشتري لصحة الأمر) لأنه لاقى ملك المشتري .

(وكذا) الحكم (إذا أمره) أي المشتري (أن يصيبه في البحر) ففعل (في السلم يهلـك من مال المسلم اليه ، وفي الشراء من مال المشتري) لصحة الأمر (ويتقرر الثمن عليه) وليس ذلك إلا باعتبار صحة الأمر وعدمها وصحة موقوفها على الملك ، فلولا أنه ملكه لما صح أمر (لمـــا قلنا) إشارة إلى قوله صح الأمر (ولهذا) أي ولكون الأمر قد صح (يكتفى بذلك الكيل في الشراء في الصحيح) احترز به عما قيل في الشراء لا يكتفى بكيل واحد ، بل يشترط كيلان وعلل الصحيح بقوله (لأنه) أي لأن البائع (نائب

في الكيل والقبض بالوقوع في غرائر المشتري، ولو أمره في الشراء أن يكيله في غرائر البائع ففعل ولم يصر قابضا ، لأنه استعار غرائره ولم يقبضها فلا تصير الغرائر في يده فكذا ما يقع فيهـــا ، وصار كما لو أمره أن يكيله ويعزله في ناحية من بيت البائع ، لأن البيت بنواحيه في يده فلم يصر المشتري قابضا . ولو اجتمع الدين والعين والغرائر للمشتري إن بدأ بالعين

عنه) أي عن المشتري (في الكيل) فيكتفى بكيل واحد (والقبض) مرفوع بفعل مقدر ، أي وحصل القبض (بالوقوع في غرائر المشتري) وهـــذا جواب عما يقال البائع مسلم فكيف يكون متسلماً. وتقرير الجواب أن القبض يتحقق بالوقوع في غرائر المشتري فلا يكون مسلماً ومتسلماً .

(ولو أمره) أي ولو أمر المشتري البائع (في الشراء أن يكيله في غرائر البائع ففعله لم يصر قابضاً ،لأنه) أي لأن المشتري (استعار غرائره)أي غرائر البائع(ولم يقبضها) أي والحال أن المشتري لم يقبض الغرائر (فلا تصير الغرائر في يده) لأن الاستعارة تبرع فلا تتم بدون القبض(فكذا مايقع فيها)أي فكذا لا يصير المشتري قابضاً مافي الغرائر ، وفي بعض النسخ فيه قال الكاكي أي في الغرائر على تأويل الظرف أو المذكور وذلـــك لعدم صحة العارية لعدم القبض ، وكذا لا يصير الواقع فيها قبضاً .

(وصار) أي حكم هذا (كما لو أمره) أي كحكم ما لو أمر المشترى البائع (أن يكيله) أن يكيل الكر (ويعزله في ناحية من بيت البائع) أي أمره بأن يعزل الكر في جـــانب من بيت البائع فعزله لا يكون المشترى قابضاً ، فكذا هذا (لأن البيت بنواحيه) أي بجوانبه الأربعة (في يده) أي في يد البائع ، فإذا كان كذلك (فلم يصر المشترى قابضاً ، ولو اجتمع الدين والعين) صورته اشترى كراً معيناً وله على البائع كر آخر دين وهو المسلم فيه (والغرائر للمشترى) أي والحال أن الغرائر للمشترى وأمره أن يجعل الدين والعين فيها (إن بدأ) أي إن بـــدأ البائع وهو المسلم إليه (بالعين) أي

صار قابضا ، أما العين فلصحة الأمر فيــــه ، وأما الدين فلاتصاله بملكه وبمثله يصير قابضـا ، كمن استقرض حنطة وأمـره أن يزرعها في أرضه ، وكمن دفع إلى صائـــغ خاتما وأمره أن يزيده من عنده نصف دينار وإن بـــدأ بالعين لم يصر قابضا . أما الدين فلعدم صحة الأمر . وأما العين فلأنه خلطه بملكه قبل التسليم ، فصار

بالمشترى بفتح الراء (صار) أى المشتري بكسر الراء (قابضاً) أى صار قابضاً للكيل والعين والدين .

(أما العين) أي اما صحة قبض العين (فلصحة الأمر فيه) أي في العين (وأما الدين) أى وأمـــا صحة قبض الدين (فلاتصاله بملكه) أي فلاتصال الدين بملكه ، أي بملك المشتري ، لإن العين في يده حكماً (وبمثله يصير قابضاً) أي وبمثل اتصال الدين بالكيل بالرضاء يثبت القبض ، فيصير المشتري قابضاً (كمن استقرض حنطة) أي نظير الحكم المذكور نظير من استقرض كراً من حنطة (وأمره أن يزرعها في أرضه) أي وأمر المقرض المستقرض أن يزرع الحنطة في أرض المستقرض صح القرض ، وصار المستقرض قابضاً له باتصاله بملكه فكذا هذا .

(وكمن دفع) أي ونظير الحكم المذكور أيضـــاً نظير من دفع (إلى صائغ خاتماً وأمره أن يزيده) أي يزيد الخاتم (من عنده) أي من عند الصائغ (نصف دينار) جاز لأنه يصير قرضـــاً ويصير بالاتصال الى ملكه قابضاً (وإن بدأ بالعين) ثم بدأ بالعين (لم يصر قابضاً ، أما الدين فلعدم صحة الأمر) لعدم مصادفة الملك ، لأن حقه في الدين لا في العين ، وهذا عين فكـــان المأمور يجعله في الغرائر متصرفاً في ملك نفسه فلا يكون فعله كفعل الأمر .

(وأمـــا العين) أي وأما عدم صحة القبض في العين (فلأنه خلطه بملكه) أي فلأن البائع خلط كر المشتري بملكه ، أي بملك نفسه (قبل التسليم) بحيث لا يمتاز (فصار)

مستهلكا عند أبي حنيفة فينتقض البيــع ، وهـــذا الخلط غير مرضي بـــه من جهته لجواز أن يكون مراده البداية بالعين . وعندهما هو بالخيـــار إن شاء نقض البيع ، وإن شاء شاركه في في المخلوط ، لأن الخليط ليس باستهلاك عندهما . قال ومن أسلم جارية في كر حنطة وقبضها المسلم إليه ثم تقايلا فماتت في يد المشتري

أي البائع (مستهلكاً) أي المبيع (عند أبي حنيفة رضي الله عنه فينتقض البيـع) أي ينفسخ العقد (وهذا الخلط) هذا جواب عمـــا يقال أن الخلط حصل بإذن المشتري فلا ينتقض البيـــع ، وتقرير الجواب أن هـــذا الخلط على هـــذا الوجه (غير مرضي به من جهته) أي من جهة المشتري أراد أن الخلط على هذا الوجه ما حصل بإذن المشتري بل الخلط على وجه يصير الآمر به قابضا هو الذي كان مأذوناً به ، وها هنا لم يصر الخلط مأذوناً مرضياً به ، وإنما أذن له بأن يخلط على وجه يصير قابضاً بالبداية بالعين . وقال الأكمل وفي عبارة المصنف تسامح لأنه حكم بكون الخلط غير مرضي به جزماً ، واستدل بقوله (لجواز أن يكون مراده البداية بالعين) فيكون الدليل أعم من المدعى ، ولا دلالة للأعم على الأخص . ويجوز أن يقال كلامه في قوة الممانعة ، فكأنه قال ولا نسلم أن هذا الخلط مرضي به ، وقوله لجواز سند المنع فاستقام الكلام .

(وعندهما) أي وعند أبي يوسف ومحمد (هو) أي المشتري (بالخيار إن شاء نقض البيـع وإن شاء شاركه في المخلوط ، لأن الخلط ليس باستهلاك عندهما) وقال الإمام قاضي خان ما ذكر من جواب الكتاب قول محمد ، أما عند أبي يوسف إذا بدأ بالدين يصير قابضاً كما لو بدأ بالعين ضرورة اتصـــاله بملكه في الصورتين ، إذ الخلط ليس باستهلاك وعند محمد يصير قابضـــاً للعين دون الدين ، قلت عند الشافعي لا يصير قابضاً سواء بدأ بالعين أو بالدين .

(قـــال) أي قال محمد في الجامع الصغير (ومن أسلم جارية في كر حنطة وقبضها المسلم إليه ثم تقايلا) أي المسلم (فماتت) أي الجارية (في يد المشتري) أي المسلم إليه ،

فعليه قيمتها يوم قبضها . ولو تقايلا بعـــد هلاك الجارية جاز ، لأن صحة الإقالة تعتمد بقاء العقد وذلك بقيام المعقود عليه . وفي السلم المعقود عليه إنما هو المسلم فيه فصحت الإقالة حال بقائه . وإذا جاز ابتداء أولى أن يبقى انتهـــاء ، لأن البقاء أسهل ، وإذا انفسخ العقد في المسلم فيه انفسخ في الجارية تبعا

وإنما سماه مشترياً بالنظر إلى شرائه الجارية بالحنطة ، لأن كلا في العينين الثمن والثمن (فعليه) أي فعلى المشتري (قيمتها) أي قيمة الجارية (يوم قبضها) يعني لما ثبت الإقالة وجب ردها ، وقد عجز فيجب رد بدلها ، وبه قال الشافعي وإنما قال يوم قبضها ، لأن السبب الموجب للضمان إنما هو القبض فصار كالغصب .

(ولو تقايلا بعد هلاك الجارية جاز) أي التقايل (لأن صحة الإقالةتعتمدبقاء العقد) وفي بعض النسخ يعتمد قيـــام العقد (وذلك) أي بقاء العقد (بقيام المعقود عليه ، وفي السلم المعقود عليه إنما هو المسلم فيه فصحت الإقالة حال بقائه) أي حال بقاء المعقودعليه (وإذا جاز) أي التقايل بعد موتها (إبتداء أولى أن يبقى) بعد موتها (إنتهاء ، لأن البقاء أسهل) من الابتداء .

فإن قيل ينبغي أن لا تصح الإقالة بعد هلاك الجارية لأنها بعد الهلاك بمنزلة المسلم فيه من حيث وجوب قيمتهـــا ديناً في الذمة والمسلم فيه قد سقط أيضاً بالإقالة ، فصار بمنزلة العوضين في بيع المقـــايضة ، فإنه إذا هلك أحد العوضين في المقايضة ثم تقايلا ثم هلك العوض الآخر تبطل الإقالة ، فكذا هنا ينبغي أن يمتنع التقايل بهلاك العوضين . قلنا في بيع المقايضة ثم الرد واجب بعد الإقالة ، وهلاك المبيع قبل القبض يوجب فسخ العقد . وفي المسلم قامت قيمة الجارية مقامها ، فلم يكن رد عين الجارية واجباً ، فكان قيام القيمة بمنزلة قيام الجارية .

(وإذا انفسخ العقد في المسلم فيه انفسخ في الجارية تبعاً) يعني تبعاً لانفساح العقد في المسلم فيـــه وإن لم يصح الفسخ في الجارية بعد هلاكها ، هكذا قدره شيخي العلاء . وقال

فيجب عليه ردها وقد عجز فيجب عليه رد قيمتها ، ولو اشترى جارية بألف درهم ثم تقايلا فماتت في يد المشتري بطلت الإقالة ، ولو تقايلا بعد موتها فالإقالة باطلة ، لأن المعقود عليه في البيع إنما هو الجارية فلا يبقى العقد بعد هلاكها فلا تصح الإقالة ابتداء فلا تبقى انتهاء لانعدام محله ، وهذا بخلاف بيع المقايضة حيث تصح الإقالة وتبقى بعد هلاك أحد العوضين ، لأن كل واحد منهما مبيع فيه .

تاج الشريعة هذا جواب من يقول أن الانفساخ في حق الجارية الميتة كيف يتحقق ، وإنه ليس بمحل لذلك ، فقال الانفساخ بطريق التبعية وكم من شيء يثبت تبعاً ولا يثبت قصداً (فيجب عليه ردها) أي رد الجارية على المسلم إليه (وقد عجز) أي والحال أن المسلم إليه قد عجز عن رد الجارية بسبب موتها (فيجب عليه رد قيمتها) وقامت القيمة مقام الجارية .

(ولو اشترى جارية بألف درهم ثم تقايلا فماتت في يد المشترى بطلت الإقالة ، ولو تقايلا بعد موتها فالإقالة باطلة) أيضاً (لأن المعقود عليه في البيع إنما هو الجارية فلا يبقى العقد بعد هلاكها فلا تصح الإقالة ابتداء فلا تبقى انتهاء لانعدام محله) أي محل البيع ، لأن الإقالة فسخ العقد ولا قيام لها إلا بقيام العقد ولا قيام العقد إلا بقيام المبيع ، لانه هو الاصل وقد فات (وهذا) أي هذا الذي ذكرناه . (بخلاف بيع المقايضة حيث تصح الإقالة فيه وتبقى) أي الإقالة (بعد هلاك أحد العوضين ، كل واحد منها مبيع فيه) أي في بيع المقايضة . والحاصل أنه أشار بهذا الكلام إلى الفرق بين السلم حيث تصح الإقالة فيه بعد هلاك الجارية في يد المسلم إليه قبل الرد إلى رب السلم ، سواء ماتت قبل الإقالة أو بعدها وبين البيع حيث لا تصح الإقالة إذا هلكت الجارية سواء كانت الإقالة قبل هلاكها أو بعد هلاكها ، وقد أوضحنا هذا في السؤال والجواب اللذين ذكرناهما الآن .

قال ومن أسلم إلى رجل دراهم في كر حنطة فقال المسلم إليه شرطت رديئاً وقال رب السلم لم تشترط شيئا فالقول قول المسلم إليه ، لان رب السلم متعنت في إنكاره الصحة ، لان المسلم فيه يربو على رأس المال في العادة .

(قــال) أي قال محمد في الجامع الصغير (ومن أسلم إلى رجل دراهم في كر حنطة فقــال المسلم إليه شرطت رديئاً) أي طعاماً رديئاً (وقال رب السلم لم تشترط شيئاً فالقول قول المسلم إليه) بالإتفاق ، وبه قال الشافعي رضي الله عنه . وفي الكافي كلام المتعنت مردود فبقي قول صاحبه بلا معارض (لأن رب السلم متعنت في إنكاره الصحة) التعنت في اللغة من يطلب العنت ، وهو الوقوع فيمــا لا يستطيع الإنسان الخروج عنه ، والمراد بالتعنت شرعاً من ينكر ما ينفعه ويريد الإضرار بغيره ، والمخاصم من ينكر ما يضره ، كذا في الفوائد الظهيرية (لأن المسلم فيه يربو) أي يزيد (على رأس المــال في العادة) هذا دليل على قوله إن رب السلم متعنت لرب المسلم فيه على رأس المال عادة ، فكان الخير له في صحة العقد ، فإذا أنكر صحته فقد كان متعنتاً .

فإن قيل لا نسلم أن المسلم فيه يربو بل رأس المال خير وإن قل من المسلم فيه وإن جل لما أن رأس المال نقد والمسلم فيه نسيئة وفي المثل السائر النقد خير من النسيئة . قلنا بلى كذلك ، الا أن ذلك متروك بالعرف والعادة ، فان الناس مع وفور عقولهم يقدمون في عقد السلم ومــــا ذاك إلا لفائدة زائدة رأوها ، فكان النقد بمقابلة زيادة فائدة مع كونه نسيئة ، وإنمــــا ذكروا ربا المسلم فيه لاثبات المعادلة بينه وبين رأس المال ، لأن المسلم فيه وإن كان أكثر مــالية عادة إلا أنه آجل ، ورأس المال وإن قلت ماليته عاجل والعاجل خير من الآجل فيخير قصور كل واحد منهما بوفور كل واحد منهما فيتعادلان ، وذكر الإمام السرخسي أن القول قول المسلم إليه لأنه هو الذى يلتزم الطعام بعقد السلم فـــالقول قوله في بيان صفة ما التزم ، ثم اتفاقهما على أصل العقد اتفاق على ما هو شرط جواز العقد ، ومن شرط جوازه بيــان صفة الطعام ، فقول رب السلم لم يسلم صفة الطعام

وفي عكسه قالوا يجب أن يكون القول لرب السلم عند أبي حنيفة لانـــه يدعي الصحة وإن كان صاحبه منكراً . وعندهما القول للمسلم إليه لانه منكر وإن أنكر الصحة وسنقرره من بعـــد إن شاء الله تعالى . ولو قال المسلم إليه لم يكن له أجل وقال رب السلم بل كان له أجل فالقول قول رب السلم ، لان المسلم إليـــه متنعت في انكاره حقاً له وهو الاجل

يكون رجوعاً عما أقر به وسعيا منه في نقض ما تم من جهته .

(وفي عكسه) أي وفي عكس الحكم المذكور هو قول المسلم إليه شرطت لك رديئاً وقال رب السلم لم تشترط شيئاً ، وعكسه أن يقول رب السلم شرطت لي رديئاً ، ويقول المسلم إليه لم اشترط لك شيئاً . وقال الفقيه أبو الليث لم يذكر محمد رحمه الله هذا الأصل في الكتاب ، يعني في الجامع الصغير. وقال المصنف رحمه الله (قالوا) أي قال المتأخرون في شروح الجامع الصغير مثل فخر الإسلام وغيره (يجب أن يكون القول لرب السلم عند أبي حنيفة) وبه قال الشافعي (لأنه يدعي الصحة وإن كان صاحبه منكراً) لأن الظاهر شاهد له ، لأن العقد الفاسد معصية والظاهر من حال المسلم التحادي عن المعصية .

(وعندهمـــا) أي وعند أبي يوسف ومحمد (القول للمسلم إليه ، لأنه منكر وإن أنكر الصحة) كلمة ان واصلة بما قبلها ، وكذلك إن التى قبلها (وسنقرره) أي وسنقرر أصل هذا الخلاف (من بعد إن شـاء الله تعالى) قال الأترازي « رح » أي في المسألة التي تلي هذه عند قوله القول لرب السلم عندهما . وفي عبارته تسامح لأنها تستعمل للبعد ،أي لأن السين كذلك ، ونقرره يعني بدون السين (ولو قال المسلم إليه لم يكن له أجل) أي لم يكن للسلم أجل (وقال رب السلم بل كان له أجل فالقول قول رب السلم) أي بالإتفاق ، وبه قال الشافعي (لأن المسلم إليه متعنت في إنكاره حقاً له) أي لرب السلم (وهو) أي الحق هو (الأجل) حـــاصله أن الكلام إذا خرج مخرج التعنت لا مخرج الخصومة بطل وكان القول لمدعي الصحة ، لأن كلام التعنت مردود ، فإذا رد بقي كلام

والفساد لعدم الأجل غير متيقن لمكان الاجتهاد فلا يعتبر النفع في رد رأس المال بخلاف عدم الوصف ، وفي عكسه القول لرب السلم عندهما، لأنه ينكر حقاً عليه فيكون القول قوله ، وإن أنكر الصحة

الآخر بلا معارض ، فكان القول قوله .

(والفساد لعدم الأجل غير متيقن) هذا جواب عن سؤال مقدر وهو أن يقال ينبغي أن لا يكون المسلم إليه متعنتاً في إنكاره الأجل ، لأنه يرد رأس المال لفساد العقد بعدم الأجل ويرد رأس المال يبقى له المسلم فيه والمسلم فيه خير من رأس المال وانفع منه . وتقرير الجواب أن فساد العقد لعدم الأجل غير متيقن (لمكـــان الإجتهاد) فان السلم الحال جائز عند الشافعي « رضي » ، وإذا لم يكن متعنتاً بعدمه لم يلزم من إنكاره رد رأس المـــال (فلا يعتبر النفع في رد رأس المال) يعني ولا يعتبر جهة كونه منتفعاً بهذا الإنكار معارضاً لجهة التعنت والتضرر به ، إذ الظني لا يعارض القطعي .

(بخلاف عدم الوصف) قال صاحب النهاية أى لو قال المسلم إليه شرطت رديئاً ، وقال رب السلم لم تشترط شيئاً وهي المسألة الأولى كان القول قول المسلم إليه ، لأن فساد السلم بسبب ترك الوصف متيقن غير مجتهد فيه ، فقال رب السلم هناك متعنتاً ، وقال غيره فإن الفساد فيه قطعي . وقال الأكمل وفيه نظر ، لأن بناء المسألة على خلاف مخالف لم يوجد عند وضعها غير صحيح ، فالأولى . أن يقال إن الاختلاف كان ثابتاً بين الصحابه إن ثبت ذلك وليس مطابقاً لما ذكره صاحب النهاية وغيره .

(وفي عكسه) يعني فيما إذا ادعى المسلم إليه الأجل وأنكره رب السلم (القول لرب السلم عندهمـــا ، لأنه ينكر حقاً عليه فيكون القول قوله ، وإن أنكر الصحة) كلمة إن واصلة بماقبله . واعلم أن الاختلاف في الأصل على ثلاثة أوجه : أحدها في أصل الأجل ففيه القول قول المدعي للأجل مع يمينه طالباً كان أو مطلوباً ، وعندهما القول قول الطالب سواء كان مدعياً للأجل أو منكراً .

والثاني في مقدار الأجل مثل أن يدعي أحدهما أنه شهر ، وقال الآخر إنه شهران

كرب المال إذا قال للمضارب شرطت لك نصف الربح إلا عشرة ، وقال المضارب لا بل شرطت لي نصف الربح فالقول لرب المـــال ، لأنه ينكر استحقاق الربح وإن أنكر الصحة . وعند أبي حنيفة « رح » القول للمسلم إليه ، لأنه يدعي الصحة وقد اتفقا على عقـــد واحد فكانا متفقين

ففيه القول قول الطالب مع يمينه ، لأنه ينكر الزيادة ، وإن قامت بينته لأحدهما يقضي ببينته ، وإن قامت لهما يقضي ببينة المطلوب ، لانه يثبت الزيادة .

والثالث : في مضي الاجل ، فإن قال الطالب كان الاجل شهراً وقد مضى ، وقال المطلوب كان شهراً ولم يمض فالقول قول المطلوب مع يمينه لانه ينكر توجه المطالبة ، فإن أقام أحدهما البينة يقضى ببينة المطلوب ، لانها تثبت زيادة الاجل ، ثم ينبغي لك أن تعرف أن الاختلاف في قدر الاجل لا يوجب التحالف عندنا خلافاً لزفر « رح » ،لان التحالف في البيع ثبت بخلاف القياس عند اختلاف المتبايعين في المعقود عليه أو بدله ، والاجل بمعزل من ذلك ، بخلاف ما إذا اختلفا في الوصف فإنهـــا يتحالفان ، لان الوصف جارى مجرى الاصل ، لان الدين يعرف به ويختلف أصله باختلافه ما إذا وليس كذلك الاجل .

(كرب المـال إذا قال للمضارب) نظير المسألة المذكورة بمسألة رب المال إذا قال للمضارب (شرطت لك نصف الربح إلا عشرة) قال الكاكي وفي بعض النسخ شرطت لك نصف الربح وزيادة عشرة ، وهذه النسخة ليست بصحيحة ، لانه على ذلك التقدير القول للمضارب بالإجماع ، والصحيح النسخة الاولى ، لانه على ذلك التقدير كان القول لرب المال (وقال المضارب) ليس الامر كما ذكرت (لا بل شرطت لي نصف الربح فالقول لرب المال ، لانه ينكر استحقاق الربح وإن أنكر الصحة) أى صحة العقد .

(وعند أبي حنيفة « رح » القول للمسلم إليه لانـه يدعي الصحة وقد اتفقا على عقد واحد) لان السلم عقد واحد إذ السلم الحال فاسد وليس بعقد آخر (فكانا متفقين

على الصحة ظاهراً ، بخلاف مسألة المضاربة ولأنه ليس بلازم فلا يعتبر الإختلاف فيه ، فبقي مجرد دعوى استحقاق الربح . أما السلم فلازم ، فصار الأصل أن من

على الصحة ظاهراً) أي بحسب الظاهر الوجهين أحدهما أن الظاهر من حالهما مباشرة العقد بوصف الصحة ، والثاني أن الإقدام على العقد التزام لشرائطة والاجل من شرائط السلم فكان اتفاقهما على العقد إقرار بالصحة ، فالمنكر بعده ساع في نقض ما تم به ، وإنكاره إنكار بعد الإقرار وهو مردود وبقول أبي حنيفة « رح » قال الشافعي .

(بخلاف مسألة المضاربة) جواب عن قياسهما المسألة المذكورة على مسألة المضاربة فإنه قيـــاس غير صحيح ، وقال الاكمل فإنهما إذا اختلفا فيها ، أي في المضاربة فنوع محل الاختلاف فإنهـا إذا فسدت صار إجارة ، وإذا صحت كانت شركة ، فإذا اختلفا فالمدعي للصحة يدع لعقد ، والمدعي للفساد مدع لعقد آخر خلافه ، ووحدة العقد عن الاختلاف في الجواز والفساد يستلزم اعتباراً لاختلاف الموجب للتناقض المردود لوحدة المحل وعدم وحدته يستلزم عدم اعتباره الاختلاف لاختلاف المحل . وأما المضاربة فهي ليست بعقد واحد عند الاختلاف ، فكان المحل مختلفاً فلا تنـاقض في ذلك ، فلم يكن الاختلاف معتبراً ، فكان المضارب يدعي استحقاق شيء في مال رب المال وهو ينكر ، فالقول قول المنكر .

(ولانه) أي لأن عقد المضـــاربة (ليس بلازم) ولهذا يتمكن رب المال من عزله قبل شراء المضارب برأس المال شيئاً ، وكذا المضارب يتمكن من فسخه . وإذا كان غير لازم يرتفع باختلافهمـا (فلا يعتبر الاختلاف فيه) ولا الدعوى تعتبر فيه (فبقي مجرد دعوى استحقـــاق الربح) والآخر ينكر فالقول للمنكر (أما السلم) فإنه عقـــد (فلازم) فلا ينفسخ بفسخ أحدهما ، فبالاختلاف لا يرتفع ، فإذا بقي العقد كان القول قول مدعي الصحة لشهادة الظاهر ثم لما جعل القول قول المسلم إليه في الأجل كان القول قوله أيضاً في مقدار الأجل (فصار الأصل) أي الأصل في مسألة السلم المذكورة (أن من

خرج كلامه تعنتاً فالقول لصاحبه بالإتفاق ، وإن خرج خصومةووقع الإتفاق على عقد واحد فالقول لمدعي الصحة عنده ، وعندهما للمنكر وإن أنكر الصحة . وقال ويجوز السلم في الثياب إذا بين طولاً وعرضاً ورقعة ، لأنه أسلم في معلوم مقدور التسليم على ما ذكرنا .

وإن كان ثوب حرير لا بد من بيان وزنه أيضاً ، لأنه مقصود فيه

خرج كلامه تعنتاً) أي من حيث التعنت لا بخرج الخصومة ، وقد مر تفسيره عن قريب (فالقول لصاحبه) وهو مدعي الصحة (بالاتفاق) لأن كلام المتعنت مردود .

(وإن خرج) أي كلامه (خصومة) أي من حيث الخصومة بأن ينكر مـــا يضره (ووقع الاتفاق على عقد واحد فالقول لمدعي الصحة عنده) أي عند أبي حنيفة (وعندهما للمنكر) أي القول قول المنكر (وإن أنكر الصحة) كلمة إن واصلة بما قبلها ، وقدمر الكلام فيه مستوفى .

(قـــال) أي القدوري في مختصره (ويجوز السلم في الثياب إذا بين طولاً وعرضاً) أي من حيث الطول ومن حيث العرض (ورقعة) أي من حيث الغلظة والثخانة ، كذا في المغرب . وقيل المراد عدد الكرباس ، يعني انه كثير الرقاع أو قليل الرقاع ، وقيل تعريفه بكونه خماسياً أو سداسياً ، وقال تاج الشريعة ورقعة يقال رقعة هذا الثوب جيدة ، يراد به غلطة وثخانة وهو مجاز (لأنه) أي ولأن السلم (أسلم في معلوم مقدور التسليم على ماذكرنا) **أي عند قوله** في أول الباب وفي المذروعات (وان كان) أي المسلم (ثوب حرير لا بد من بيان وزنه أيضـــاً ، لأنه) أي لان الوزن (مقصود فيه) أي في السلم في الثوب الحرير ، وإذا كان كذلك فلا بد من بيـــانه ، أي بيان الوزن . وعند الشافعي ومالك وأحمد رحمهم الله بيان الوزن ليس بشرط ، وفي الإيضاح وتحتاج إلى بيان الوزن في ثياب الحرير والديباج إذا كان التفاوت بعد ذكر الطول والعرض ، لانها تختلف باختلاف الوزن ، فإن الديباج كلما ثقل وزنه ازدادت قيمته ، والحرير كلما خف وزنه ازدادت قيمته فلا بد من بيانه ، انتهى .

ولا يجوز السلم في الجواهر ولا في الخرز ، لأن آحادها تتفاوت تفاوتاً فاحشاً ،

وقال الشيخ أبو نصر البغدادي قالوا إذا كانت الثياب مما يقصد وزنها فلا بد من ذكر الوزن أيضاً كثياب الحرير . وقال اللؤلؤ الحي [1] في فتاواه ولو بين الذرعان ولم يبين الوزن هل يجوز السلم في الحرير ، واختلف المشـــايخ فيه ، منهم من قال ليس بشرط ، ومنهم من قال شرط وإليه مال شمس الائمة السرخسي وهو الصحيح ، بخلاف ســـائر الثيـــاب ، فإنه لا يشترط فيها الوزن مع الذرع ، لان الحرير يختلف باختلاف الوزن كما يختلف باختلاف الطول والعرض ، ولا كذلك الكرباس . وفي المنتقى إذا باع ثوب حرير يداً بيد لا يجوز إلا وزناً . وفي المحيط لو شرط كذا وكذا ذراعـــاً فله ذراع وسط . واختلف في تفسير الوسط ، قيل أراد به الفعل ، يعني لا يمد كل المد ولا يرخي كل الإرخاء وقيل أراد به الخشب لانه لا يتفاوت في الاسواق . قال شيخ الإسلام والصحيح أنه يحمل عليهما نظراً للجانبين .

وقـال الكاكي وكذا يجوز السلم في البوارى والجوالق والمسوح والاكسية والبسوط استحساناً إذا بين طوله وعرضه وصفته وصنعته . الولوالجي السلم في الكاغد يجوز عدداً ، لانه عددى كالجوز والبيض ، وكذا الاستقراض عدد .

(ولا يجوز السلم في الجواهر) نحو اليافوت والبلخش واللؤلؤ ونحو ذلك (ولا في الخرز) أي ولا يجوز السلم أيضاً في الخرز بفتح الخاء والراء ثم الزاى . وقال الجوهرى الخرز بالتحريك الذي ينظم ، والواحده خرزة ، وخرزات الملك جواهر تاجه ، وعند مالك رضي الله عنه يجوز (لان آحادها) أى آحاد الجواهر والخرز (تتفاوت تفاوتاً فاحشاً) **لأن كل معدود تتفاوت آحاده في المالية لا يجوز المسلم فيه كالبطيخ والرمان الذي لا تتفاوت آحاده في المالية جاز السلم فيه كالجوز والبيض إذا كان من جنس واحد ،**

---

(١) هكذا في الأصل وهو خطأ ، وإنما هو عبد الرشيد الولوالجي صاحب الفتاوى الولوالجية ، وقد صححناه بعد ذلك . اهـ مصححه .

وفي صغار اللؤلؤ التي تباع وزنـــاً يجوز السلم ، لأنه مما يعلم بالوزن . ولا بأس بالسلم في اللبن والآجر إذا سمي ملبنـــاً معلوماً ، لأنه عددي متقارب لا سيا إذا سمي الملبن . قال وكل ما أمكن ضبط صفته ومعرفة مقداره جاز السلم فيه ،

وفيـه خلاف زفر « رح » ، وقد مر بيانه في أول الباب (وفي صغار اللؤلؤ التي تباع وزنـــاً يجوز السلم ، لأنه مما يعلم بالوزن) لأنه يدق ويجعل في الدواء ولا خلاف فيه للفقهاء .

(ولا بأس بالسلم في الآجر) بفتح الهمزة وضم الجيم وتشديد الراء وهو الطوب المشوى (واللبن) بفتح اللام وكسر الباء الموحدة وبالنون ، وهو الطوب النيىء (إذا سمي ملبناً معلوماً) الملبن يحتمل أن يكون اسم ما يصنع فيه اللبن ، ويحتمل أن يكون المراد به الآلة وفي المحيط يشترط بيـــان مكانه والآلة ، وقيل لا يشترط بيان مكانه ، وبقولنا قال الشافعي رحمه الله (لأنه) أي لأن كل واحد من الآجر واللبن (عددي متقارب لا سيما إذا سمي الملبن) بكسر الميم وهو الآلة . وقال الولوالجي في فتاواه ولا بأس بالسلم في اللبن والآجر إذا اشترط فيه ملبناً معروفاً ، لأنه متى بين ملبناً معرفاً فما يقع من التفاوت بين لبن ولبن يكون يسيراً ، فيكون ساقط الاعتبار ، فيلحق بالعدديات المتقاربة ، فيجوز فيه السلم . بخلاف ما لو باع مائة آجرة من آتون لم يجز ، لأن التفاوت فيه في النضج تفاوت فاحش ، فألحقناه بالمتقاربة في حق السلم وفي المتفاوتة في حق البيع عملاً بهما . وفي شرح الجامع الصغير لقاضي خان أما السلم في الباذنجان عدداً لم يذكره محمد رحمه الله ، وذكر شمس الأئمة السرخسي أنه يجوز وألحقه بالجوز والبيض .

(قـــال) أي القدوري رحمه الله (وكل ما أمكن ضبط صفته ومعرفة مقداره جاز السلم فيه) هذا أصل كلي يتخرج منه المســـائل ، وقال الاكمل رحمه الله فيه بحث من وجهين ، أحدهما أنه عكسها فقال وما لا يضبط صفته ولا معرفة مقداره لايجوز السلم فيه ولا ينعكس قولنا كل إنسان حيوان إلى كل ليس بانسان ما ليس بحيوان [1] . والثاني أنه

---

(١) هكذا عكسها هنا ، وقد عكس ما بعدها بخلاف هذه ، اه مصححه .

لأنه لا يفضي إلى المنازعة ، وما لا يضبط صفته ولا يعرف مقداره لا يجوز السلم فيه ، لأنه دين ، وبدون الوصف يبقى مجهولاً جهالة تفضي إلى المنازعة ، ولا بأس بالسلم في طست أو قمقمة أو خفين أو نحو ذلـــك

ذكر القـــاعدة بعد ذكر الفروع والأصل ذكر القاعدة أولاً ثم تفريع الفروع عليها . والجواب عن الأول أن جواز السلم يستلزم أوصـــاف ضبط الصفة ومعرفة المقدار بقوله ﷺ من أسلم منكم فليسلم في كيـــل معلوم ، الحديث ،وحينئذ كان مثل قولنا كل إنسان ناطق وهو ينعكس إلى قولنا كل ما ليس بانسان ليس بناطق . وعن الثاني أن تقديم القـــاعدة على الشروع يليق بوضع أصول الفقه ، فالمقصود معرفة المسائل الجزئية ، فيقدم الفروع ثم يذكر ما هو الأصل الجامع للفروع المتقدمة .

(لأنه لا يفضي إلى المنـــازعة) كما في الأجناس الأربعة من المكيلات والموزونات والمذروعات والعدديات المتقاربة . وقال الكاكي لا خلاف للفقهاء في جواز السلم في كل ما هو من ذوات الأمثال كالقطن والكتان والابريسم والنحاس والتبر والحديد والرصاص والصفر والحناء والوسمة والرياحين اليابسة ، وفي الجذوع البائن الطول والعرض والغلظ، وكذا الســاج وصنوف العيدان والخشب والقصب والغزل ، ويجوز السلم في التين كيلاً وكيله الغرائر . وقيل إنه موزون . وقيل المعتبر هو المتعارف ، كذا في المجتبى .

(ومالا يضبط صفته ولا يعرف مقداره لا يجوز السلم فيه ، لأنه دين) أي لأن السلم دين ، والدين يعرف بوصفه (وبدون الوصف يبقى مجهولاً جهالة تفضي إلى المنازعة) فلا يجوز لأن جهالة المعقود عليه تفسد العقد (ولا بأس بالسلم في طست) وفي المغرب الطست مؤنثة وهي أعجمية والطست تعريبها ، والجمع طساس وطسوس ، وقد يقال الطشوش ، ذكره في الشين المعجمة . وقـــال الجوهري الطشت الطش بلغة طيء أبدل من إحدى السينين تاء للاستثقال ، فإذا جمعت أو صغرت ردت السين ، لأنك فصلت بينهما بألف أو ياء قلت طســـاس وطسيس (أو قمقمة) قال الجوهري القمقمة بالضم معروفة ، وقال الاصمعي هو رومي والجمع قماقم (أو خفين أو نحو ذلك) مثل الكوز والآنية من النحاس

إذا كان يعرف لاجتماع شرائط السلم ، وإن كان لا يعرف فلا خير فيه ، لأنه دين مجهول . قال وإن استصنع شيئاً من ذلك بغير أجل جاز استحساناً للاجماع الثابت بالتعامل . وفي القياس لا يجوز ، لأنه بيع المعدوم ، والصحيح أنه

والصفر والقلنسوة ، وبه قال الشافعي إن كان يتساوي جوانبه ويمكن العسارة عن ثخانته وطوله وعرضه وما يختلف به العرض ، فأما أن يكون أجزاؤه يختلف كالقماقم والطواجن والأواني المتخذة من الصفر والزجاج والمكيزان والحباب فلا يجوز لتفاوت أجزائها فمنها ما يكون أعلاه أوسع وأسفله أضيق وبالعكس وقد يكون وسطه كذلك **كذا في تتمتهم** . والشرطان عندنا في جواز ذلك (إذا كان يعرف لاجتماع شرائط السلم وإن كان لا يعرف فلا خير فيه) أي لا يجوز (لأنه دين مجهول) والجهالة في الدين تمنع .

(قال) أي قال محمد في الجامع الصغير (وان استصنع شيئاً من ذلك) أي من ما ذكر من الطست والقمقمة والخف (بغير أجل) أي بغير ذكر مدة فيه (جاز استحساناً للاجماع الثابت بالتعامل) في هذه الأشياء ، قال أبو أنيس في جامعه صورة الاستصناع أن يجيء رجل إلى خفاف ويقول له اخرز لي خفاً صفته كذا وقدره كذا بكذا ويسلم الدراهم أو بعضها أو لا يسلم .

(وفي القياس لا يجوز ، لأنه بيع المعدوم) وبه قال زفر والشافعي،**وقد نهى رسول الله** ﷺ عن بيع ما ليس عند الإنسان ، ورخص في السلم وهذا ليس بمسلم ، لأنه لم يضرب له أجلاً ، أشار إليه بقوله بغير أجل ، وجه الاستحسان هو ما ذكره بقوله للاجماع الثابت بالتعامل ، فإن الناس في سائر الأعصار تعارفوا الاستصناع فيما فيه تعامل من غير نكير ، والقياس يترك بمثله كدخول الحمام ، ولا يشكل بالمذارعة ، فإن فيها للناس تعامل وهي فاسدة عند أبي حنيفة رضي الله عنه ، لأن الخلاف فيها كان ثابتاً في الصدر الأول دون الاستصناع .

(والصحيح أنه) أشار به إلى أنهم اختلفوا في جواز الاستصناع بالبيع أو عدة ،

يجوز بيعاً لا عدة ، والمعدوم قد يعتبر موجوداً حكماً ، والمعقود عليه العين دون العمل ، حتى لو جاء به مفروغاً عنه لا من صنعته أو من صنعته قبل العقد فأخذه

فقال والصحيح أن الاستصناع (يجوز بيعاً) أي من حيث البيع (لا عدة) أي لا من حيث الوعد . وقال فخر الأسلام في شرح الجامع الصغير هو بيع عند عامة مشايخنا لا مواعدة ، لأنه سماه في الكتاب بيعاً وأثبت فيه خيار الرؤية وهو يثبت في البيع لا في الوعد (والمعدوم قد يعتبر موجوداً حكماً) هذا جواب عما يقال كيف يجوز أن يكون بيعاً والمعدوم لا يصلح أن يكون مبيعاً ، وتقرير الجواب أن المعدوم قد يعتبر حكماً ، أي من حيث الحكم كالناسي للتسمية عند الذبح ، فإن التسمية جعلت موجودة لعذر النسيان . والطهارة للمستحاضة جعلت موجودة لعذر جواز الصلاة لئلا تتضاعف الواجبات فكذلك المستصنع المعدوم جعل موجوداً حكماً لتعامل الناس ، وقد يكون الشيء موجوداً حقيقة ويجعل معدوماً حكماً كالماء المستحق للعطش ، حتى يجوز التيمم مع وجوده .

(والمعقود عليه العين) هذا جواب عما يقال إنما يصح ذلك أن لو كان المعقود عليه هو المستصنع ، والمعقود عليه هو الصنع . فأجاب بأن المعقود عليه هو العين لأن المقصود هو المستصنع (دون العمل) وفيه نفي لقول أبي سعيد البردعي ، فإنه يقول المعقود عليه العمل ، لان الاستصناع استفعال من الصنع وهو العمل ، فتسميته للمعقود به دليل على أنه هو المعقود عليه ، والاديم والصرم فيه بمنزلة الآلة للعمل ، ولكن الاصح أن المعقود عليه هو المعين ، لان المقصود هو المستصنع فيه وذكر الصفة لبيان الوصف ، والدليل عليه أن محمداً أثبت خيار الرؤية فيه ، وهو إنما يكون في بيع العين ، وكذا يدل عليه قول المصنف بقوله (حتى لو جاء به مفروغاً عنه) أي لو جاء الصانع الذي يعمل بالمستصنع حال كونه مفروغاً (لا من صنعته أو من صنعته) أي أو جاء به حال كونه من صنعته (قبل العقد) أي قبل عقد الاستصناع (فأخذه) أي فأخذه

جـــاز ، ولا يتعين بالإختيار ، حتى لو باعه الصانع قبل أن يراه المستصنع جاز ، وهـــذا كله هو الصحيـح . قال وهو بالخيار إن شاء أخذه وإن شاء تركه ، لأنـــه اشترى شيئاً لم يره ، ولا خيار للصانـع ، كـــذا ذكره في المبسوط وهو الأصـح ، لأنـــه باع مـا لم يره وهو عن أبي حنيفة « رح » أن له الخيـار أيضاً ، لانه لا يمكنه تسليم المعقود عليـــه إلا لضرر وهو قطع الصرم وغيره .

المستصنع (جاز) فلا يجبر على قبوله ، ولو كان بعد العقد يجبر الآمر على القبول ، كذا في المبسوط .

(ولا يتعين إلا بالاختيار) أي ولا يتعين المستصنع الذي اتخذه الاجل المستصنع إلا باختيـــار المستصنع ، وأوضح ذلك بقوله (حتى لو باعه الصانع قبل أن يراه المستصنع جاز) لانه لو تعين لما جاز بيعه قبل اختياره (وهذا كله) أي كونه بيعاً لا عدة وكون المعقود عليه العين دون العمل ، وكونه لا يتعين إلا باختياره (هو الصحيح) لما أن في كل واحد منها قولاً آخر كما يجيء بعد هذا .

(قال وهو) أي المستصنع (بالخيار) أي إذا رآه (إن شاء أخذه وإن شاء تركه ، لأنه اشترى شيئاً لم يره) فله الخيار إذا رآه (ولا خيار للصانع) بل يجبر على العمل لأنه باع ما لم يره (كذا ذكره في المبسوط وهو الأصح لأنه باع ما لم يره) أشار به إلى نفي ما ذكره في الذخـــيرة من أن للصانع الخيار أشار إليه بقوله (وعن أبي حنيفة أن له الخيار أيضاً) أي أن للصانع الخيار أيضاً كما للآمر ، كذا ذكر هذا في الذخيرة من رواية أبي يوسف عن أبي حنيفة ، وكذا في رواية أبي اليسر وقاضي خان (لأنه لا يمكنه) أي لأن الصانع لا يمكنه (تسليم المعقود عليه الا لضرر وهو قطع الصرم) بفتح الصاد المهملة وسكون الراء وبالميم ، وهو الجلد . وفي المغرب هو تعريب جرم (وغيره) أي وغير الصرم مثل إتلاف الخيط في خرزه .

وعن أبي يوسف أنه لا خيار لهما ، أما الصانع فلما ذكرنا ، وأما المستصنع فلأن في إثبات الخيار له اضرار بالصانع ، لانه لا يشتريه غيره بمثله . ولا يجوز فيما لا تعامل فيه للناس كالثياب لعدم المجوز وفيما فيه تعامل إنما يجوز إذا أمكن إعلامه بالوصف ليمكن التسليم ، وإنما قال

(وعن أبي يوسف رحمه الله أنه لا خيار لهما) أي للصانع والآمر (أما الصانع فلما ذكرنا) أنه لا خيار له لما أن الاستصناع بيع ولا خيار للبائع فيما لم يره (وأما المستصنع فلأن في إثبات الخيار له إضرار بالصانع لأنه لا يشتريه غيره بمثلة) أي بمثل ما اشتراه المستصنع وقد لا يشتريه غيره أصلاً ، كما لو استصنع واعظ منبراً يعظ الناس عليه فلم يأخذه فالعامي لا يشتريه أصلاً

فإن قيل الضرر حصل برضاه فلا يكون معتبراً. أجيب يجوز أن يكون الرضي على أن المستصنع مجبور على القبول ، فلما علم اختياره عدم رضاه ، فإن قيل ذلك لجهل منه وهو لايصلح عذراً في دار الإسلام . أجيب بأن خيار المستصنع اختيار بعض المتأخرين من أصحابنا ولم يجب على كل واحد من المسلمين في دار الإسلام على أقوال جميع المجتهدين وإنما الجهل ليس بعذر في دار الإسلام في الفرائض التى لا بد لإقامة الدين منها لا في حيازة اجتهاد المجتهدين . قال الأكمل وفيه نظر ، لأن غير الأب والجد إذا زوج الصغيرة ثم بلغت فإن لها خيار البلوغ ، فإن سكتت لجهلها بأن لها الخيار بطل خيارها ، لأن الجهل ليس بعذر مع أنه ليس من الفرائض التي لابد لإقامة الدين منها .

(ولا يجوز) أي الاستصناع (فيما لا تعامل فيه للناس كالثياب) وفي الكافي كالجباب والثياب ، وصورته أن يدفع إلى حائك ديناراً ليحيك له ثوباً من غزل نفسه إبقاء له على القياس السالم عن معارضة الاستحسان بالإجماع (لعدم المجوز) بكسر الواو من التجويز والمجوز هو التعامل (فيما فيه تعامل) مثل الذي ذكرناه (انما يجوز إذا أمكن إعلامه بالوصف ليمكن التسليم) أي تسليم المستصنع (وإنما قال) أي محمد في أول المسألة

بغير أجل لانه لو ضرب الاجل فيما فيه تعامل يصير سلماً عند أبي حنيفة خلافاً لهما. ولو ضربه فيما لاتعامل فيه يصير سلماً بالاتفاق. لهما أن اللفظ حقيقة للاستصناع فيحافظ على قضيته ويحمل الاجل على التعجيل ، بخلاف ما لا تعامل فيه ، لان ذلك استصناع فاسد فيحمل على السلم الصحيح .

(بغير أجل) في قوله وإن استصنع في شيء من ذلك بغير أجل (لأنه لو ضرب الأجل فيما فيه تعامل يصير سلماً عند أبي حنيفة رحمه الله) فلا يجوز إلا بشرائط السلم من تعجيل رأس المال واستقصاء الوصف وعدم جواز خيار الرؤية ، وبه قال الشافعي رحمه الله ومالك وأحمد « رح » لأنهم لا يجوزون الاستصناع (خلافاً لهما) أي لأبي يوسف ومحمد فإنه عندهما استصناع .

(ولو ضربه) أي الأجل (فيما لا تعامل فيه يصير سلماً بالإتفاق) المراد بضرب الأجل ما يذكر على سبيل الاستمهال ، أما المذكور على سبيل الاستعجال على أنه قال إن تفرغ غداً أو بعد غد لا يصير سلماً ، لأنه ذكره حينئذ للفراغ لا لتأخير المطالبة بالتسليم ، ويحكى عن الهندواني أن ذكر المدة إن كان من قبل المستصنع فهو الاستعجال ، ولا يصير به سلماً ، وإن كان من الصانع فهو سلم لأنه يذكره على سبيل الاستمهال . وقيل إن ذكروا في مدة يتمكن فيها من العمل فهو استصناع ، وإن كان أكثر من ذلك فهو سلم ، لان ذلك يختلف باختلاف المدة فلا يمكن تقديره بشيء معلوم .

(لهما) أي لابي يوسف ومحمد في المسألة الخلافية (أن اللفظ) أو لفظ الاستصناع (حقيقة للاستصناع فيحافظ على قضيته) الاستصناع أو اللفظ (ويحمل الأجل على التعجيل) لان ذكر الاجل محتمل ، فإنه يحتمل أن يكون للتعجيل ويحتمل أن يكون للاستمهال والاستصناع محكم في تناوله ما وضع له غير محتمل الشيء آخر فيحمل المحتمل على المحكم ، فيقال ان ذكر الاجل للتعجيل (بخلاف ما لا تعامل فيه ، لأن ذلك استصناع فاسد فيحمل على السلم الصحيح) بدلالة الاجل تصحيحاً لتصرف العاقل ما أمكن .

ولأبي حنيفة «رح» أنه دين يحتمل السلم وجواز السلم بإجماع لا شبهة فيه ، وفي تعاملهم الاستصناع نوع شبهة ، فكان الحمل على السلم أولى ، والله أعلم .

مسائل منثورة

قال ويجوز بيع الكلب والفهد والسباع المعلم وغير المعلم في ذلك سواء .

(ولأبي حنيفة أنه) أي أن المستصنع المبيع (دين) والمبيع الدين (يحتمل السلم) كما لو ذكر اللفظ السلم (وجواز السلم بإجماع لا شبهة فيه) لانه ثابت بآية المداينة والسنة (وفي تعاملهم الاستصناع نوع شبهة) لكونه مجتهد فيه ، ولان فيه خلاف زفر والشافعي رحمهما الله (فكان الحمل على السلم أولى والله أعلم) لكونه أقرب إلى الجواز وأحق بالرخصة .

(مسائل منثورة)

مسائل مرفوعة على أنها خبر مبتدأ محذوف ، أي هذه مسائل ومنثورة صفتها من نثرت الدراهم ، والتقدير هذه مسائل من كتاب البيوع نثرت عن أبوابها ولم تذكر ثمة ، فاستدركت بذكرها ها هنا .

(قال) أي القدوري (ويجوز بيع الكلب والفهد والسباع) مثل الاسد والدب ونحوهما ، فالقدوري أطلق بيع الكلب وما ذكر معه ليتناول (المعلم وغير المعلم) وأوضحه المصنف بقوله وغير المعلم (في ذلك سواء) أي المعلم وغير المعالم منها من الكلب والفهد والسباع من المذكور في جواز البيع سواء . وفي الإيضاح بيع كل ذي ناب من السباع وذي مخلب من الطير جائز معلماً كان أو غير معلم في رواية الاصل. أما الكلب المعلم فلا شك في جواز بيعه لانه آلة الحراسة والاصطياد فيكون محلا للبيع لكونه

وعن أبي يوسف أنه لا يجوز بيع الكلب العقور لانه غير منتفع به .

وقال الشافعي « رح » لا يجوز بيع الكلب لقوله عليه السلام إن من السحت مهر البغي وثمن الكلب .

منتفعاً به حقيقة وشرعاً ، فيكون مالاً . وأما غير المعلم فلأنه يمكن أن ينتفع بـه بغير الاصطياد فإن كل كلب يحفظ بيت صاحبه ويمنع الاجانب عن الدخول فيـه ويخبر عن الجاني بناحيته عليه فساوى المعلم في الانتفاع به .

(وعن أبي يوسف أنه لا يجوز بيع الكلب العقور لانه غير منتفع بـــه) وفي شرح الإرشاد يجب قتله ويحرم اقتناؤه فلا يجوز بيعـــه كما في الخنزير . وقال شمس الائمة السرخسي ولو كان الكلب العقور بحال يقبل التعليم يجوز بيعه في الصحيح من المذهب ، ولا يجوز الذى لا يقبل التعليم . ونقل الناطفي في الاجناس عن مسائل الفضل بن غانم ، قال أبو يوسف رحمه الله أجيز بيع كلب الصيد والماشية ولا أجيز بيع الكلب العقور . وقال محمد في نوادر هشام يجوز بيع الكلب العقور . وفي الكيسانيات قال محمد ومن قتله ضمن قيمته إلى هنا لفظ الاجناس . ونقل في الاجناس أيضاً عن شرح اختلاف زفر روى ابن أبي مالك عن أبي يوسف رحمه الله عن أبي حنيفة رحمه الله لا يجوز بيع الاسد حيـاً ويجوز أن يكون مذبوحاً . وجاز بيع الفهد وفي البيوع للحسن جاز بيع القرد . وذكر الاجناس قال أبو يوسف اكره بيع الهر لانه لا منفعة به ، وإنما هو للهو .

(وقال الشافعي لا يجوز بيع الكلب) مطلقاً ، لانه لا منفعة به ، وبه قال أحمد ، وبعض أصحاب مالك يجوز بيع المأذون بإمساكه ويكره ، وجوز الشافعي إجـــارة الكلب المعلم في أصح الوجهين . أمـــا اقتناء الكلب للصيد والزرع والبيوت والمواشي فيجوز بالاجماع (لقولـه عليه السلام) أى لقول النبي ﷺ (أن من السحت مهر البغي وثمن الكلب) هذا الحديث بغير هذا اللفظ رواه ابن حبان في صحيحه عن أبي هريرة أن النبي ﷺ قال إن مهر البغي وثمن الكلب وكسب الحجام ... [1] وأخرجه الدارقطني

---

(١) هكذا الحديث ناقص من الأصل .

ولأنه نجس العين ، والنجاسة تشعر بهوان المحل ، وجواز البيع يشعر باعزازه فكان منتفياً . ولنا أنه عليه السلام نهى عن بيع الكلب إلا كلب صيد أو ماشية ،

أيضاً ولفظه ثلاث كلهن سحت أجر الحجام ومهر البغي وثمن الكلب ، وقال الاترازى وجه قول الشافعي ما روى في صحيح البخاري والسنن مسند إلى أبي مسعود الانصاري أن رسول الله ﷺ نهى عن ثمن الكلب ومهر البغي وحلوان الكاهن ، وذكر أحاديث أخر من هذا الباب ، ولكن هذا غير مناسب للحديث الذي ذكره المصنف ، ورعاية المناسبة من التناسب. السحت الحرام المحض الخالص . وقيل السحت الحرام المتأصل من سحته وأسحته ، أي استأصله ، سمي الحرام سحتاً لأنه متأصل دين الآكل ومهر البغي أجرة الزانية ، يقال بغت المرأة بغياً بالكسر ، والتي زنت فهي بغي . أي زانية ، ومن حقه أن يقال بغية ، لأنه فعيل بمعنى فاعل ، والحكم فيه أن يفرق بين المذكر والمؤنث ، إلا أنه قد يشبه فعيلا بمعنى مفعول ، فلا يفرق كما في قولهم ملحفه جديد . قوله وثمن الكلب ، سماه ثمناً باعتبار صورة البيع ، وحلوان الكاهن أجرته من الحلاوة وهو الذي يخبر عن الأشياء بإلقاء الشيطان إليه .

(ولأنه) أي ولأن الكلب (نجس العين) بدلالة نجاسة سؤره ، فإنه متولد من اللحم وما كان كذلك لا يجوز بيعه (والنجاسة تشعر بهوان المحل) أي بذلته (وجواز البيع يشعر بإعزازه) أي تشعر باعزازه (فكان منتفياً) أي فكان جواز البيع منتفياً وإلا يلزم اجتماع المتنافيين فلا يجوز .

(ولنا أنه عليه السلام) أي أن النبي ﷺ (نهى عن بيع الكلب إلا كلب صيد أو ماشية) هذا الحديث غريب بهذا اللفظ ، ولكن روى الترمذي عن أبي هريرة قال نهى النبي ﷺ عن ثمن الكلب إلا كلب صيد ، ثم قال لا يصح إلا من هذا الوجه . وروى النسائي عن جابر رضي الله عنه أن النبي ﷺ نهى عن ثمن الكلب والسنور إلا كلب الصيد ، وقال حديث منكر ، وقال مرة ليس بصحيح . وقال الكاكي المدعي جواز بيع جميع الكلب ، وهذا الحديث يقتضي جواز بيع الصيد والماشية . قلنا المقصود من إيراد الحديث

ولانه منتفع به حراسة واصطياداً ، فكان مالاً فيجوز بيعه

إبطال مذهب الخصم ، فإنه يدعي شمول عدم الجواز في الكل ، أمـــا اثبات المدعى والمذهب بما ذكر في الأسرار حديث عبد الله بن عمرو بن العاص ، فإنه قال قضى رسول الله ﷺ في كلب بأربعين درهما فذكره مطلقاً من غير تخصيص في أنواع الكلب بالتضمين وتضمين المتلف دليل على تقومه وماليته .

أو نقول ثبت جواز بيع الكلب المعلم بقوله إلا كلب حسين ، وجوز بيـع الكلب الغير المعلم سوى العقور بقوله أو ماشية ، فإن كل كلب يصلح لحراسة الماشية إذ من عادته النباح عند حضور الذئب أو السارق فبقي العقور تحت المستثنى منه ، كذا في الأسرار . قلت حديث عبد الله بن عمرو بن العاص أخرجه الطحاوي بإسناد صحيح **مرسلا** ، حيث قال وقد روي في ذلك عن من بعد النبي ﷺ أى من الصحابة والتابعين ، ثم قال حديث يونس قال حدثنا ابن وهب قال سمعت ابن جريج يحدث عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عبد الله بن عمرو أنه قضى في كلب صيد قتله رجل بأربعين درهمـــاً ، وقضى في كلب ماشية بكبش . وأخرج ابن أبي شيبة عنه أنه قال في كلب الصيد أربعون درهماً ، وفي كلب الماشية شاة من الغنم ، وفي كلب الحرث فرق من طعام ، وفي كلب الدار فرق من تراب حق على الذى أصابه أن يعطيه ، وحق على صاحب الكلب أن يقبله .

(ولأنه) أى ولأن الكلب (منتفع به حراسة واصطياداً) حقيقة وشرعاً (فكان مالاً فيجوز بيعه) لأن المال غير الآدمي خلق لمصالح الآدمي ، فيكون محلا للبيع .

فان قيل الكلب يمسك للانتفاع بمنافعه لا لعينه كالآدمي فإنه ينتفع بمنافعه إجارة وغيرها ، ولا يدل على أن عينه مال . قلنا الانتفاع بمنفعة الكلب يقع تبعاً لملك العين لا قصداً في المنفعة ، إلا انه يورث والمنفعة وحدها لا تورث ، فيجرى مجرى الانتفاع بمنافع العبـد والأمة والثوب ، ولا يقال شعر الخنزير ينتفع به للخزر ولا يجوز بيعه ، لأنا نقول ان الخنزير محرم العين شرعاً لا يباح إمساكه لمنفعة بوجه ، فثبتت الحرمة في كل جزء منـــه وسقطت القيمة ، ثم الإباحة لضرورة الحرز لا يدل على رفع الحرمة عن أصله فيما عـــدا الضرورة كإباحة لحمه حال الضرورة لا يدل على صحة أكله وجواز بيعه ، فأمـا الكلب

بخلاف الهوام المؤذية ، لانه لا ينتفع بهـــا ، والحديث محمول على الإبتداء قلعاً لهم عن الإقتناء ، ولا نسلم نجاسة العين ، ولو سلم فيحرم التناول دون البيع .

فما ثبت فيـــه تحريم مطلق وإباحة للضرورة فيبقى ما وراءها على التحريم ، كذا في الأسرار .

(بخلاف الهوام المؤذية) من الحيات والعقارب والوزغ والقنافذ والضب وهوام الارض جميعاً (لأنه) أى لأن المذكور من الهوام المؤذية (لا ينتفع بها) بل هي مضرة قطعاً ، والهوام جمع هامة بتشديد الميم . وفي المغرب الهامة من الدواب ما يقتل من ذوات السموم كالعقارب والحيات (والحديث) أى الحديث المذكور الذى استدل به الشافعي رحمه الله (**محمول على الابتداء**)**أي حالة ابتداء الإسلام، وتقريره ماروى عن ابراهيم انه قال روى عن** النبي ﷺ أنه رخص في ثمن كلب الصيد وذلك دليل على تقديم نهي انتسخ ، فإنهم كانوا لفوا اقتناء الكلاب وكانت تؤذى الضيفان والغرباء فنهوا عن اقتنائها ، وهو معنى قوله (قلعاً لهم عن الاقتناء) وفي بعض النسخ قلعاً لهم فشق ذلك عليهم فأمروا بقتل الكلاب ونهوا عن بيعها تحقيقاً للزجر عن العادة المألوفة ، ثم رخص لهم بعد ذلك في ثمن ما يكون منتفعاً به من الكلاب ، فالحديث الذى رواه الشافعي كان في الابتداء أو يجوز أن يقـال الحـديث مشترك الإلزام ، لأنـــه قال ثمن الكلب والثمن في الحقيقـة لا يكون الا في المبايعـــة .

(ولا نسلم نجاسة العين) جواب عن استدلال الشافعي بالمعقول بالمنع ، فإن تمليكه في حالة الاجتناب يجوز بالهبة والوصية وليس نجس العين كذلك (ولو سلمنـــا [1] فيحرم التناول دون البيع) وفي الايضاح فأما نجاسة العين في ذاته إن سلم له فتأثيرها في تحريم التناول ووجوب الاجتناب عنه حسناً صونه لنفسه وثيابه عن النجاسة ، فأمـا في حق جواز الانتفاع بها اصطياداً وحراسة فلا . وفي جامع قاضي خان ومثل السرقين عندنا ،

---

(١) ولو سلم – هامش .

قال ولا يجوز بيع الخمر والخنزير لقوله عليه السلام فيه إن الذي حرم شربها حرم بيعها وأكل ثمنها ، ولانه ليس بمال في حقنا وقد ذكرناه . قال أهل الذمة في البياعات كالمسلمين لقوله عليه السلام في ذلك الحديث فأعلمهم أن لهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين ،

فإنه يجوز بيعه لانتفاع الناس به من غير نكير . وعند الشافعي لا يجوز النجاسة عينه كالعذرة . قلنا العذرة لا ينتفع بها إلا إذا اختلط بالتراب ، فحينئذ يجوز بيعها تبعاً .

(قال ولا يجوز بيع الخمر والخنزير) هذا لفظ القدوري في مختصره ، والاصل فيه قوله تعالى ﴿ إنما الخمر والميسر ﴾ ... الآية ، فقال رجس ، والرجس اسم للحرام النجس ، ولا يجوز التصرف في الحرام (لقوله عليه السلام فيه) أي لقول النبي ﷺ (إن الذى حرم شربها حرم بيعها وأكل ثمنها) هذا فيحديث مسلم عن ابن عباس رضي الله عنهما ولفظه قال إن الذى حرم شربها حرم بيعها .

(ولأنه) أي ولأن كل واحد من الخمر والخنزير (ليس بمال في حقنا) أي ليس بمال متقوم في حق المسلمين (وقد ذكرناه) أي في باب البيع الفاسد .

(قال) أي القدوري في مختصره وقال الاكمل قال محمد في الأصل لا يجوز بين أهل الذمة الربا ولا بيع الحيوان بالحيوان ، ونقل مطولاً من الاصل وكان ينبغي له أن يقول أولاً قال القدوري ثم يقول ما قاله محمداً في الأصل تحرزاً عن اللبس (وأهل الذمة في البياعات) بكسر الباء الموحدة وتخفيف الياء آخر الحروف. قال الجوهري البياعة السلعة ، انتهى . فهذا يدل على أن البياعات جمع بياعة والظاهر من هذا أن المعنى أن أهل الذمة في بيع السلع (كالمسلمين) ولكن الظاهر أن الفقهاء أرادوا بالبياعات البيوع ، وليس في اللغة مايدل على هذا (لقوله عليه السلام) أى لقول النبي ﷺ (في ذلك الحديث فأعلمهم أن لهم مالالمسلمين وعليهم ماعلى المسلمين) أراد بذلك الحديث أول حديث معاذ رضي الله عنه لما بعثه النبي ﷺ إلى اليمن ، فإنه حديث أخرجته الأئمة الستة في كتبهم وليس فيه ماذكر المصنف من قوله ماعليهم ... إلى آخره . وقال مخرج أحاديث الهداية لم

ولانهم مكلفون محتاجون كالمسلمين قال إلا في الخمر والخنزير خاصة، فإن عقدهم على الخمر كعقد المسلم على العصير ، وعقدهم على الخنزير كعقد المسلم على الشاة ، لانهـــا أموال في اعتقادهم ، ونحن أمرنا بأن نتركهم ومـــا يعتقدون دل عليه قول عمر رضي الله عنـــه ولوهم بيعها وخذوا العشر من أثمانها .

أعرف الحديث الذي أشار إليه المصنف ولم يتقدم في هذا المعنى إلاحديث معاذ ، وهو في كتاب الزكاة، وحديث بريدة وهو في كتاب السير وليس فيهما ذلك، ولم يتعرض أحد من الشراح إلى تحرير هذا منهم .

(ولأنهم) أى ولأن أهل الذمة (مكلفون) أى بالإيمان (محتاجون) أى في المعاملات (كالمسلمين) فكانوا محتاجين إلى ما تبقى به أنفسهم ولا تبقى الأنفس إلابالطعام والشراب والكسوة والسكنى ، ولا تحصل هذه الأشياء إلا بمباشرة الأشياء المشروعة منها البيع ، فيجب أن يكون مشروعاً في حقهم ليمكنوا من تبقية أنفسهم .

(قال) أي القدوري (إلا في الخمر والخنزير خاصة ، فإن عقدهم على الخمر كعقد المسلم على العصير ، وعقدهم على الخنزير كعقد المسلم على الشاة) حاصل الكلام يحل لهم ما يحل لنا ، ويحرم عليهم ما يحرم علينا من البيوع سوى الخمر والخنزير ، فإنهم أقروا بعقدالأمان على أن يكون ذلك مالاً لهم ، فلو لم يجز تصرفهم خرج ذلك من أن يكون مالاً وفيـــه نقض الأمان (لأنها) أى لأن الخمر والخنزير (أموال في اعتقادهم ونحن أمرنا أن نتركهم وما يعتقدون ، دل عليه) أي على ما ذكرنا من أنا أمرنا أن نتركهم وما يعتقدون (قول عمر ولوهم بيعها وخذوا العشر من أثمانها) هذا رواه عبـــد الرزاق في مصنفه في البيوع أخبرنا سفيان الثوري عن ابراهيم عن عبد الأعلى الحنفي عن سويد بن غفلة قال بلغ عمر ابن الخطاب أن عماله يأخذون الجزية من الخمر فناشدهم ثلاثاً ، وقال له بلال رضي الله عنه انهم ليفعلون ذلك ، قال فلا تفعلوا ولوهم بيعها فإن اليهود حرمت عليهم الشحوم فباعوها وأكلوا أثمانها ، ورواه أبو عبيد في كتاب الأيمان ، وقال فيه ولوهم بيعها وخـــذوا أنتم من الثمن .

قال ومن قال لغيره بع عبدك من فلان بألف درهم على أني ضامن لك خمسمائة من الثمن سوى الالف ففعل فهو جائز ويأخذ الالف من المشتري والخمسمائة من الضامن وإن كان لم يقل من الثمن جاز البيع بألف درهم ولا شيء على الضمين . وأصله أن الزيادة على الثمن والمثمن جائزة عندنا وتلتحق بأصل العقد ، خلافاً لزفر والشافعي «رض» لانه تغيير للعقد من وصف مشروع إلى وصف مشروع ، وهو كونه عدلاً أو خاسراً أو رابحاً

(قال ومن قال لغيره بع عبدك من فلان بألف درهم على أني ضامن لك خمسمائة من الثمن سوى الألف ففعل فهو جائز) هذه المسألة من مسائل الجامع الصغير ، وصورة المسألة أن يطلب إنسان من آخر شراء عبده بألف درهم وهو لا يبيع إلا بألف وخمسمائة والمشتري لا يرغب فيه إلا بالف فيجيء آخر ويقول لصاحب العبد بع عبدك هذا الرجل بألف درهم على أني ضامن لك خمسمائة من الثمن سوى الألف، فيقول صاحب العبد بعت كذا فالبيع جائز (ويأخذ الألف) أي يأخذ البائع الألف (من المشتري والخمسمائة أي ويأخذ الخمسمائة (من الضامن) وهو الفضولي الذي لا تعلق له في الوسط .

(وإن كان) أي الرجل الآخر (لم يقل من الثمن جاز البيع بألف درهم ولا شيء على الضمين) ذكر الإمام السرخسي الفرق بين المسألتين أن في المسألة الأولى ضمن الأجنبي وصير نفسه زعيماً حيث قال من الثمن فيجب عليه ، وفي الثانية أنه رشاه على البيع بما سماه من المال والرشوة حرام لا يلزم بالضمان (وأصله) اي وأصل ما ذكر من هذه المسألة (أن الزيادة في الثمن والمثمن جائزة عندنا وتلتحق) أي الزيادة (بأصل العقد، خلافاً لزفر والشافعي لأنه) أي لأن الإلحاق (تغيير للعقد من وصف مشروع إلى وصف مشروع وهو كونه) أي كون الثمن (عدلاً) بأن يكون مساوياً لقيمة البيع (أو خاسراً) بأن يكون الثمن أقل من قيمة المبيع (أو رابحاً) بأن يكون الثمن زائداً على قيمة المبيع وكل ذلك مشروع .

ثم قد لا يستفيد المشتري بهـــا شيئاً بأن زاد في الثمن وهو يساوي المبيع بدونها فيصح اشتراطها

فإن قيل كيف يجب عليه شيء من الثمن بالبيع ولم يدخل في ملكه شيء من المعقود عليه. قلنا التزام الثمن بالبيع مقصوداً فصار كبدل الخلع . وقال تاج الشريعة وإن قلت لو ثبتت هذه الزيادة ثمناً لتوجهت المطالبة بهـــا على المشتري ثم الضامن يتحمل ولا يطالب المشتري بها ، لأنه لم يلتزمها وإنما يطالب بها من التزمها ، لأن من الثمن في حق من التزمها لا في حق من لم يلتزمها وثبوت الحكم بحسب السبب كالرجل يقول لفلان على فلان ألف درهم وأنا به كفيل ، وأنكر الأصيل ذلك يصير الكفيل مطالباً دون الأصيل لهـــذا المعنى ، انتهى .

وقال بعضهم القياس يأبى جواز الزيادة من الأجنبي لأنها بدل مال معاوضة من غير أن يحصل بإزائـــه عوض ، وذلك لا يجوز اعتباراً بأصل الثمن ، إلا أنا تركنـــا القياس بالنص الوارد بجواز قضاء الدين من الأجنبي شرعاً وهو حديث أبي قتادة حين **امتنع النبي ﷺ عن الصلاة على رجل من الأنصار لكان دين عليه ، قال أبو قتادة هو علي وإلي** وفي مالي يا رسول الله وجوز ذلك منه حتى صلى على الميت وذلك إمضاء منه بذلك المال عوضاً عن دينـــه من غير أن يحصل له عوض بإزائه ، والزيادة في الثمن من الأجنبي في معناه فيلحق به دلالة .

وقال صاحب النهاية الأولى ما قاله العلماء لأنا لو استدللنا في جواز التزام الزيادة من الأجنبي بهذا الحديث ينبغي أن يجوز لأجنبي التزام أصل الثمن أيضاً إذ الحكم لا يفرق بينهما وبالإتفاق لا يجوز التزام أصل الثمن من الأجنبي ، ولأن حكم الحديث كان بعـد الوجوب والتزام الزيادة من الأجنبي وقت المعاقـــدة بل وجوب أصل الثمن على المشتري فعلم أن بينهما فرقاً .

(ثم قد لا يستفيد المشتري بها) أي بالزيادة (شيئاً بـــأن زاد في الثمن وهو) أي والحال أن الثمن (يساوي المبيع بدونها) أي بدون الزيادة فـإذا كان كذلك (فيصح اشتراطه) أي اشتراط الثمن . وفي بعض النسخ فيصح اشتراطهـــا ، أي اشتراط الزيادة

على الاجنبي كبدل الخلع لكن من شرطها المقابلة تسمية وصورة ، فإذا قال من الثمن وجد شرطهـــا فيصح وإذا لم يقل لم يوجد فلم يصح . قـــال ومن اشترى جارية ولم يقبضها حتى زوجها فوطئها الزوج فالنكاح جائز لوجود سبب الولاية وهو الملك في الرقبة على الكمال وعليه المهر ،

(على الأجنبي كبدل الخلع) لأن الخلع لا يسلم شيء للمرأة بمقابلة بدل الخلع لأنه إسقاط محض واشتراط البدل على الأجنبي جائز فكذلك اشتراط الضمان هنا على غير المشتري (لكن من شرطها) أي من شرط الزيادة (المقابلة تسمية) بأن يتكلم المتكلم بلفظه من الثمن (وصورة) بأن يكون المسمى بمقابلة المبيع صورة وإن لم يقابله من حيث المعنى لكون جميع المبيع حاصلا للبيع عليه (فإذا قال من الثمن وجد شرطهـــا) وهو المقابلة (فيصح وإذا لم يقل) من الثمن (لم يوجد) أي شرطه (فلم يصح) لأنها ليست زيادة في الثمن ، بل هو التزام مبتدأ فيكون بطريق الرشوة وهو حرام .

(قال) أي محمد في الجامع الصغير (ومن اشترى جارية ولم يقبضها حتى زوجهـــا فوطئهـــا الزوج فالنكاح جائز لوجود سبب الولاية) أي ولاية التزويج (وهو الملك في الرقبة على الكمال وعليه المهر) قيد بالكمال ، لأنه لو ملك نصفها لا يملك التزويج .

فإن قيل ملك الرقبة سبب ولاية التزويج فكذلك سبب ولاية التصرف أيضاً ، فلم لا يجوز البيع قبل القبض كما قال مالك ، فإن عنده يجوز جميع التصرفات قبل القبض ، وعندنا لا يجوز البيع وبه قال الشافعي وأحمد ، ويجوز التزويج والعتق . قلنـا لورود النهي في ذلك والنكاح ليس ببيع ولا في معناه ولا يثبت حكم البيع فيه ، ألا ترى أن البيع ينفسخ بهلاك المعقود عليه قبل القبض . بخلاف النكاح ، وشرط البيع أن يكون مقدورالتسليم، بخلاف النكاح فإنه ليس بشرط فيه ، ولهذا لا يجوز بيع الآبقةويجوز إنكاحها . وذكر الشهيد في فتاوى الاكبر جاز نكاحها قبل القبض إن تم البيع ، وإن انتقض بطل النكاح في قول أبي يوسف خلافاً لمحمد والمختار قول أبي يوسف . وذكر الإمام

وهـــذا قبض لان وطء الزوج حصل بتسليط من جهته فصار فعله كفعله وإن لم يطأهـا فليس بقبض . والقياس أن يصير قابضاً لانـه تعييب حكمي فيعتبر بالتعييب الحقيقي . وجـــه الاستحسان أن في الحقيقي استيلاء على المحل ، وبه يصير قابضاً ولا كذلك الحكمي فافترقا . قال ومن اشترى عبداً فغاب والعبد في يـــد البائع

قاضي خان الزدمكرى لو ماتت الجاريـة قبل لا تبطل النكاح وإن بطل البيع ، ومتى لم يطأها حتى مات يجب المهر للمشتري .

(وهذا) أي وطء الزوج (قبض) وعند الشافعي وأحمد ومالك « رح » لا يصير قبضاً (لأن وطء الزوج حصل بتسليط من جهته) أي من جهـة المشتري (فصار فعله كفعله) أي فعل الزوج كفعل المشتري (وإن لم يطأهـــا) أي الزوج (فليس بقبض ، والقياس أن يصير قابضاً) أي فيصير المشتري قابضاً بمجرد النكاح (لأنه) أي لأن التزويج (تعييب حكمي ، فيعتبر بالتعييب الحقيقي) حتى لو وجدها المشتري ذات زوج كان له أن يردها فيصير كالتعييب الحقيقي كقطع اليد وفقىء العين .

(وجه الإستحسان أن في الحقيقي) أي في التعييب الحقيقي (استيلاء على المحل) باتصال فعل منه إليه (وبه يصير قابضاً) أي بالتعييب الحقيقي يصير قابضاً (ولا كذلك الحكمي) أي التعييب الحكمي ، فلا يصير قابضاً .

فان قيل يشكل هذا بالإعتاق والتدبير فانهما إبقاء بالإستيلاء على المحل بالفعل الحسي ، ومع انه يصير قابضاً بهما باجماع العلماء قلنا هما إتلاف من وجه ، لأن الإعتاق انهاء للملك وإتلاف المالية ، ولهذا ثبتت الولاية . وله من ضرورته أن يصير قابضا وكذا التدبير في استحقاق الولاء وثبوت حق الحريه كـــذا في المبسوط (فافترقا) أي بالوجه المذكور افترق الحكمان المذكوران .

(قال ومن اشترى عبداً فغاب والعبد في يد البائع) أي فغاب المشترى والحال انه

وأقام البائع البينة أنه باعه إياه ، فإن كانت غيبـــة معروفة لم يبع في دين البائع لانه يمكن إيصال البائع إلى حقه بدون البيع ، وفيه إبطال حق المشتري ، وإن لم يدر أين هو بيع العبـــد وأوفى الثمن لان ملك المشترى ظهر بإقراره ، فيظهر على الوجه الذي أقر به مشغولاً بحقه . وإذا تعذر استيفاؤه من المشترى يبيعه القاضي فيـــه كالراهن إذا مات والمشترى إذا مـــات مفلساً والمبيع لم يقبض .

بخلاف ما بعد القبض ، لان حقه لم يبق متعلقا به ،

لم يدفع الثمن إلى البائع (وأقام البائع البينة) عند القاضي (انه باعه إياه) أى أن البائع باع العبد إياه ، أى للذى اشتراه ثم غاب قبل نقد الثمن ، وهو معنى قوله ولم يقبض الثمن وطلب من القاضي أن يبيعه بدينه (فان كانت غيبته) المشترى (معروفة لم يبع في دين البائع) على صيغة المجهول ، أى العبد لم يبع (لأنه يمكن إيصال البائع إلى حقه بدون البيع وفيه) أى وفي بيع العبد (إبطال حق المشترى) لان البيع يبطل حقه في العبد (وإن لم يدر) أى وإن لم يعلم (أين هو) أى المشترى يعني في أى مكان هو (بيع العبد) في دين البائع (وأوفى الثمن) أى ثمن العبد الذى اشتراه الرجل يوفى من ثمنه الذى يباع لاجل دين البائع (لان ملك المشترى ظهر باقراره) أى باقرار البائع أنه باعه إياه (فيظهر على الوجه الذى أقر به) حال كونه (مشغولاً بحقه) أى بحق البائع .

(وإذا تعذر استيفاؤه من المشترى) لاجل غيبة المشترى وعـــدم معرفة مكانه (يبيعه القاضي) لانه نصيب ناظراً لمصالح المسلمين (فيه) أى في استيفاء (كالراهن إذا مات المشترى إذا مات مفلساوالمبيع) فان المرتهن أحق بالمرهون يباع في دينه إذا تعذر الإستيفاء (لم يقبض) فإن المبيع يباع بثمنه .

(بخلاف ما بعد القبض) أي بخلاف ما إذا قبض المشتري المبيع فإن بينة البـائع لم تقبل (لأن حقه) أي حق البائع (لم يبق متعلقاً به) أي بالعبد ، بل صار ديناً في ذمة

ثم إن فضل شيء يمسك للمشترى لانه بدل حقه . وإن نقص يتبع هو أيضا ، فإن كان المشترى اثنين فغاب أحدهما فللحاضر أن يدفع الثمن كله ويقبضه . وإذا حضر الآخر لم يأخذ نصيبه حتى ينقد شريكه الثمن وهو قول أبي حنيفة ومحمد « رح » . وقال أبو يوسف « رح » إذا دفع الحاضر الثمن كله لم يقبض إلا نصيبه وكان متطوعا بما أدى عن صاحبه، لانه قضى دين غيره بغير أمره فلا يرجع عليه ، وهو أجنبي عن نصيب صاحبه فلا يقبضه . ولهما أنه مضطر فيه

المشتري (ثم إن فضل شيء) من ثمن العبد (يمسك للمشتري) لأن الفاضل له (لأنه بدل حقه) أي لأن الفاضل بدل حق المشتري (وإن نقص) حق البائع من ثمن العبد (يتبع هو أيضاً) أي يتبع البائع المشتري أيضاً ، يعني يرجع البائع بالنقصان إذا ظفر به .

(فإن كان المشتري اثنين) أي فإن كان مشتري العبد اثنين (فغاب أحدهما فللحاضر أن يدفع الثمن كله ويقبضه) أي ويقبض العبد (وإذا حضر الآخر لم يأخذ نصيبه حتى ينقد شريكه الثمن وهو) أي المذكور من الحكم (قول أبي حنيفة ومحمد . وقال أبو يوسف إذا دفع الحاضر الثمن كله لم يقبض إلا نصيبه وكان متطوعاً بما أدى عن صاحبه ، لأنه قضى دين غيره بغير أمره فلا يرجع عليه وهو أجنبي عن نصيب صاحبه فلا يقبضه) ذكر هذه المسألة تفريعاً لما تقدم والخلاف في موضعين في قبض الكل وفي ولاية الرجوع . واعلم أن الحاضر ليس له أن يقبض العبد حتى يؤدي كل الثمن بالاتفاق ، لأن البائع حبس المبيع بكل الثمن ، فإذا أدى كل الثمن لا يقبض إلا نصيبه ولا يرجع عليه بما أدى عند أبي يوسف ، وعندهما يقبض الكل ويرجع بما أدى .

(ولهما) أي ولأبي حنيفة ومحمد (أنه) أي أن الحاضر (مضطر فيه) أي في دفع

لانه لا يمكنه الانتفاع بنصيبـــه إلا بأداء جميع الثمن ، لأن البيع صفقة واحدة وله حق الحبس ما بقي شيء منه والمضطر يرجع كمعير الرهن . وإذا كان له أن يرجع عليه كان له الحبس عنه

كل الثمن (لأنه لا يمكنه الانتفاع بنصيبه إلا بأداء جميع الثمن ، لأن البيع صفقة واحدة وله) أي وللبائع (حق الحبس) أي حبس المبيع لأجل قبض جميع الثمن (ما بقي شيء منه) أي الثمن ، فيكون مضطر في ذلك (والمضطر يرجع) .

فإن قيل لو كان التعليل بالإضطرار مقولاً عليه لما تفاوت الحكم بين أن يكون الشريك حاضراً أو غائباً كما في صاحب العلو ، فإنه يبنى السفل ليبني عليه علوه ، فإنه لا يكون متبرعاً ببناء السفل سواء كان صاحب السفل حاضراً أو غائباً . وها هنا لو كانا حاضرين فأراد أحدهما نقد الثمن وقبض نصيبه ليس له ذلك بالاجماع ، ولو نقد نصيبه كان متبرعاً فيما نقد بالاجماع . قلنا الملك للغائب إنما يثبت في نصيبه باعتبار قبول الحاضر، لأن من خاطب الاثنين بالبيع فقبل أحدهما دون الآخر لم يملك شيئاً منه ، وإذا ثبت أن الملك له باعتبار قبول الحاضر بمنزلة الوكيل عنه بالشراء ، وإذا نقد الثمن يتمكن من قبض المبيع ويثبت له حق الرجوع على صاحبه بنصيبه . وأما صاحب العلو فإنـه مضطر إلى أن يتوصل إلى حقه من بناء العلو ، سواء كان صاحب السفل حاضراً أو غائباً ، لأنه ليس له أن يخاصمه في أن يبني السفل ليبني هو علوه ، فلذلك افترقا .

فإن قيل ما الفرق بين هذا وبين ما إذا استأجر رجلان داراً فغاب أحدهما قبل نقد الأجرة فنقد الحاضر الأجرة كله فانه يكون متبرعاً بالاجماع . قلنا انه غير مضطر في نقد نصيب صاحبه من الأجرة من قبل أنه ليس للآجر حبس الدار لاستيفاء الاجر ، كذا ذكره التمرتاشي (كمعير الرهن) صورته رجل أعار إنساناً شيئاً ليرهنه فرهنه المستعير ثم أفلس أو غاب فأهلكه المعير يرجع بما أدى منه عليـه وإن كان ذلك الأداء بغير أمره لأنه مضطر ، فكذا فيما نحن فيه .

(وإذا كان له) أي للبائع (أن يرجع عليه) أي على المشتري (كان له الحبس عنه)

إلى أن يستوفي حقه كالوكيل بالشراء إذا قضى الثمن من مال نفسه .
قال ومن اشترى جارية بألف مثقال ذهب وفضة فهما نصفان ، لأنه أضاف المثقال إليهما على السواء فيجب من كل واحد منهما خمسمائة مثقال لعـــدم الأولوية . وبمثله لو اشترى جارية بألف من الذهب والفضة يجب من الذهب مثاقيل ومن الفضة دراهم وزن سبعة ، لأنه أضاف الألف إليهما فينصرف إلى الوزن المعهود في كل واحد منهما.

أي حبسه نصيبه (إلى أن يستوفي حقه) وهو الذي ادعى عنــه (كالوكيل بالشراء إذا قضى الثمن) أي ثمن الذي اشتراه (من مال نفسه) دون مال الموكل فإنه يرجع عليه بما أدى من الثمن .

(قال) أي محمد رحمه الله في الجامع الصغير (ومن اشترى جارية بألف مثقال ذهب وفضة فهما) أي الذهب والفضة (نصفان) يعني من ذهب خمسمائة مثقـــال ومن الفضة خمسمائة مثقال ولم يرجح الذهب لاختصاصه بالمثاقيل ، ولم تترجح الفضة لكونها غالبة في المبايعات لأنهما لما تعارضا ولم يوجد المرجح صير إلى قضية الاضافة والبيان فوجب من كل واحد منهما خمسمائة (لأنه أضاف المثقال اليهما على السواء فيجب من كل واحدمنهماخمسمائة مثقال لعدم الأولية) للترجيح (وبمثله) أي وبمثل المذكور (لو اشترى جارية بألف من الذهب والفضة يجب من الذهب مثاقيل ومن الفضة دراهم وزن سبعة) يعني كل عشرة وزن سبعة (لأنه أضاف الألف إليهـا) أي إلى الذهب والفضة (فينصرف إلى الوزن المعهود في كل واحد منهما) وفي بعض النسخ إلا أنه ينصرف المعهود والمعهود في الذهب المثاقيل وفي الفضة دراهم .

وقال التمرتاشي لو قال بألف مثقال من الذهب والفضة **فهما** نصفان لأنـــه أضاف العقد إليهما على السواء ويشترط بيان صفتهما بخلاف الدراهم والدنانير حيث ينصرف إلى الجيد . وكذا لو قال على مائـــة مثقال ذهب وفضة فعليــه من كل واحد النصف ، وهكذا في جميع ما يقر به من المكيل والموزون والثياب وغيرها قرضاً أو سلماً أو غصباً

قـــال ومن له على آخر عشرة دراهم جياد فقضاه زيوفـا وهو لا يعلم فأنفقها أو هلكت فهو قضاء عند أبي حنيفة ومحمد. وقال أبو يوسف « رح » يرد مثل زيوفه ويرجع بدراهمه لان حقه في الوصف مرعي كهو في الاصل ولا يمكن رعايتـــه بإيجاب ضمان الوصف لانه لا قيمة له عند المقابلة بجنسه فوجب المصير إلى ما قلنا . ولهما أنه من جنس حقه حتى لو تجوز به فيما لا يجوز الإستبدال جـــاز فيقع به الاستيفاء ولا يبقى

أو وديعة أو بيعاً أو شراء أو مهراً ، وجعلا في خلع أو وصية أو كفالة ، وكذا لو قال علي كر حنطة وشعير وسمسم كان عليه الثلث من كل جنس .

(قال) أي قال محمد في الجامع الصغير (ومن له على آخر عشرة دراهم جيـاد فقضاه زيوفاً) أي دراهم زيوفاً (وهو لا يعلم) أي والحال أن صاحب الدين لا يعلم زيافتـــه (فأنفقها) أي فأنفق تلك الزيوف رب الدين (أو هلكت فهو قضاء عنـــد أبي حنيفة ومحمد) يعني يكون مؤدياً ما عليه من تلك الدراهم ولا يبقى عليه شيء (وقال أبو يوسف رحمه الله يرد مثل زيوفه ويرجع بدراهمه لأن حقـه في الوصف) وهو الجودة أو الرداءة (مرعي كهو في الأصل) أي كحقه في القدر حتى لو كان حقه في القدر الذي هو الأصل لم يسقط مطالبته فكذا إذا كان دون حقه وصفاً فيرد المقترض إن كان باقياً وبمثله إن كان مستهلكاً (ولا يمكن رعايته بايجاب ضمان الوصف) منفرداً لعدم انفكاكه (لأنه) أي لأن الوصف (لا قيمة له عند المقابلة بجنسه) لأنه يؤدي إلى الربا ، فـــاذا كان الأمر كذلك (فوجب المصير إلى ما قلنا) وهو قوله يرد مثل زيوفه ويرجع بدراهمه .

(ولهما) أي ولأبي حنيفة رحمه الله ومحمد (أنه) أي المؤدى وهو الزيوف (من جنس حقه) وأوضح ذلك بقوله (حتى لو تجوز به) أي بالمؤدي يعني يؤاخذه مسائلا لنقصان حقه (فيما لا يجوز الاستبدال) فيه كما في الصرف والسلم (جاز فيقع به الاستيفاء ولا يبقى

حقه إلا في الجودة ولا يمكن تداركها بإيجاب ضمانها لما ذكرنا ، وكذا بإيجاب ضمان الأصل ، لأنه إيجاب له عليه ولا نظير له . قال وإذا فرخ طير في أرض رجل فهو لمن أخذه ، وكذا إذا باض فيها ، وكذا إذا تكنس فيها ظبي لأنه مباح سبقت يده إليه ،

حقه إلا في الجودة ، ولا يمكن تداركها بإيجاب ضمانها لما ذكرنا) إشارة إلى قوله لأنه لا قيمة له عند المقابلة بجنسه .

(وكذا بإيجاب ضمان الأصل) أي وكذا لا يمكن تداركها بإيجاب ضمان الأصل (لأنه) أي لأن إيجاب ضمان الأصل (إيجاب له عليه) أي إيجاب الأصل عليه (ولا نظير له) أي في الشرع . وحاصل الكلام أن الجودة لا يمكن فيها الضمان شرعاً لأنها عند المقابلة بالجنس هدر ولا عقلا لعدم تصور الانفكاك ، ولا بإيجاب ضمان الأصل ، لأن المضمون حينئذ هو الأصل والفرض إنه من حيث الأصل مستوف بإيجاب الضمان باعتباره إيجاب له عليه ولا نظير له في الشرع ، واعترض من وجهين ، أحدهما أن إيجاب الضمان على رجل لنفسه لا يجوز إذا لم يفد ، وها هنا يفيد فصار ككسب المأذون له المديون فانه مضمون على المولى وإن كان ملكاً له ، حتى لو اشترى صح . والثاني أن المقصود بالأصلي هو واجباً حق صاحبه ووجوب الضمان له عليه ضمين فلا يعتبر والجواب عن الأول أن الفائدة إنما هي للغرماء فكان تضمين الشخص لغيره ، بخلاف ما نحن فيه . وعن الثاني أن الوصف تابع فلا يجوز أن يكون الأصل تابع له .

(قال) أي محمد في الجامع الصغير (وإذا فرخ طير في أرض رجل فهو لمن أخذه وكذا) أي وكذا لمن أخذ (إذا باض فيها) طير في أرض رجل (وكذا إذا تكنس) وفي بعض النسخ تكسر أي في كناسة ، وهو موضعه ، وفيه بقوله تكسر لأنه لو كسره أحد يكون له (فيها) أي في أرض رجل (ظبي) مرفوع لأنه فاعل (لأنه) أي ولأن كل واحد من الفرخ والبيض والظبي (مباح سبقت يده إليه) فاستحق ذلك بالسبق

ولأنه صيد وإن كان يؤخذ بغير حيلة والصيد لمن أخذه ،وكذا البيض لأنه أصل الصيد ولهذا يجب الجزاء على المحرم بكسره أو شيه ، وصاحب الأرض لم يعد أرضه لذلك فصار كنصب شبكة للجفاف . وكما إذا دخل الصيد داره أو وقع ما نثر من السكر أو الدراهم في ثيابه لم يكن له ما لم يكفه ، أو كان مستعداً له ، بخلاف ما إذا عسل النحل في أرضه

(ولأنه) أي ولأن كل واحد من الفرخ والبيض والظبي (صيد) فالذي يأخذه هو حق له بالحديث (وإن كان يؤخذ بغير حيلة) كلمة إن واصلة بما قبله .

(والصيد لمن أخذه) بقوله ﷺ الصيد لمن أخذ (وكذا البيض) حكمه حكم الصيد (لأنه) أي لأن البيض (أصل الصيد) وأوضح ذلك بقوله (ولهذا يجب الجزاء على المحرم بكسره) أي بكسر البيض (أو شيه) أي أو شي البيض ، وأشار إلى أن الحكم المذكور فيما إذا لم يعد صاحب الأرض موضعاً لفراخ الصيد ليأخذه ، وأما إذا أعد في أرضه موضعاً لذلك فهو له ، وأشار إليه بقوله (وصاحب الأرض لم يعد أرضه لذلك) أي لأجل فراخ الصيد والواو فيه للحال (فصار) حكم هذا (كنصب شبكة للجفاف) أي لاجل الجفاف فتعلق بها صيد فهو للأخذ ، وكذا إذا نصب خيمة .

(وكما) أي وكذا الحكم (إذا دخل الصيد داره) فهو للاخذ . وقال الاترازي ولو أن صيداً دخل دار رجل فأغلق عليه الباب فان كان يقدر على أخذه بغير صيد فقد ملكه ، ولو أنه أغلق الباب ولم يرد به الصيد ولم يعلم به فلا يملكه ، فاذا خرج منه فهو لمن أخذه (أو وقع ما نثر من السكر أو الدراهم في ثيابه لم يكن له) فهو لمن أخذه (ما لم يكفه) أي ما لم يضم صاحب الثياب ثيابه ، فاذا كان كفه فهو له دون غيره (وكذا) أي وكذا يكون لصاحب الثياب (كان مستعداً له) بأن قصده وتهيأ له فحينئذ يكون له ما وقع في ثيابه .

(بخلاف ما إذا عسل النحل في أرضه) بتشديد السين ، يقال زنجبيل معسل ، أي

لأنه عد من إنزاله فيملكه تبعاً لأرضه كالشجر النابث فيه والتراب المجتمع في أرضه بجريان الماء .

جعل فيه العسل وعسلت القوم إذا رددت لهم العسل يكون العسل له مطلقاً (لانه) أي لان العسل (عد من انزاله) الارض وذكر الضمير وإن كان راجعاً إلى الارض باعتبار المكان والانزال بفتح الهمزة جمع النزل وهو الزيادة والفضل ، كذا في المغرب . والحاصل أنه من ربع الارض ومـا فضل منها ، فإذا كان كذلك (فيملكه) أي يملكه صاحب الارض العسل (تبعاً لارضه) لان الغسل غالباً لا يحصل في مطلق المواضع ولا يمطر الاغذية فإذا غسل في أرض علم أنه من نبات تلك الارض (كالشجر النابت فيه) يعني إذا ثبتت في أرضه فتكون له (والتراب) أي كالتراب (المجتمع في أرضه بجريان المـاء) يكون أيضاً لمالـك الارض ، وإذا لم تكن الارض معدة كذلك بخلاف الصيد كما ذكرنا .



كتاب الصرف

قال الصرف هو البيع إذا كان كل واحد من عوضيه من جنس الأثمان سمي بـــه للحاجة إلى النقل في بدلية من يد إلى يد . والصرف هو النقل والرد لغة ،

(كتاب الصرف)

أي هذا كتاب في بيان أحكام الصرف . وجه تأخير كتاب الصرف عن بيان أنواع البيوع ذكر في أول باب السلم ، أو لان الصرف بيع الاثمـــان والثمن في البيــاعات يجرى مجرى الوصف ، والمبيع يجرى مجرى الاصل لتوقف جواز البيع إلى وجود المبيــع دون الثمن والوصف تابع للأصل .

(قـــال) أى القدوري (الصرف هو البيع) وفي المبسوط الصرف اسم لنوع بيع وهو مبادلة الاثمان بعضها ببعض ، أشار إليه المصنف بقوله (إذا كان كل واحـــد من عوضيه) أى من عوضي البيع (من جنس الاثمان) إنما قال من جنس الاثمان ولم يقل من الاثمان ، لان عقد المصرف يشمل التبر والحلي والمضروب والمخلوط . وقال الامـــام الاسبيجابي رحمه الله الصرف اسم لمعقود ثلاثة بيع الذهب بالذهب ، والفضة بالفضة أو أحدهما بالآخر ، فلما اختص باسم الصرف اختص بشرائط ثلاثـة ، وجود التقابض من الجانبين جميعاً قبل التفرق بالابدان ، وعدم اشتراط الخيار فيه ولو أبطل صاحب خياره قبل التفرق انقلب العقد جائزاً عندنا خلافاً لزفر ، ولا يكون فيه تأجيل ، فـإن أبطل صاحب الاجل قبل التفرق انقلب العقد جائزاً عندنا (سمي به) أى سمي هذا العقـد بالصرف (للحاجة إلى النقل في بدلية من يد إلى يد) أى لحاجة المتصارفين إلى نقل الثمن من يد أحدهما إلى يد الآخر .

(والصرف هو النقل والرد لغة) أى يعني الصرف لغة هو النقل والرد كذا قالـــه

ولأنه لا يطلب منه إلا الزيادة إذ لا ينتفع بعينه ، والصرف هو الزيادة لغة، كذا قاله الخليل ، ومنه سميت العبادة النافلة صرفاً ، قـــال فإن باع فضة بفضة أو ذهباً بذهب لايجوز إلامثلاً بمثل وإن اختلفت في الجودة والصياغة لقوله عليه السلام

الخليل ، ومنه سميت العبادة النافلة صرفا ، وذكر في كتاب العين للخليل الصرف فضل الدرهم على الدرهم في القيمة . وقال ابن دريد في الجمهرة وقال بعض أهل اللغـــة الصرف الفريضة والعدل النافلة . وقال قوم الصرف الوزن والعدل الكيل (أو لانه) أى ولان الصرف عقد (لا يطلب منه إلا الزيادة) لأنه عقد يرد على مال لا يطلب منه ذاتــه ، بل يطلب منه الفضل (إذ لا ينتفع بعينه) أي بعين ما يكون ثمناً خلقة فـــإن غير الدراهم والدنانير ينتفع بعينه كاللحم والثوب وغيرهما من اشيـــاء غير النقدين فيجوز أن تكون الفائدة والمقصود في بيعها الانتفاع بها لا الزيادة ، أما في بيع الصرف لو لم يكون المطلوب الزيادة فيخلو عن الفائدة (والصرف هو الزيادة لغة ، كـذا قاله الخليل) فكانت إرادة الزيادة مطلوبة في بيعها ، فلهذا اختص هذا البيع بلفظ الصرف،وعن هذا قيل لمن يعرف هذا الفضل والزيادة صراف وصيرفي .

(ومنه) أي ومن القول بأن الصرف لغة الزيادة (سميت العبادة النافلة صرفاً) لأنها زائدة على الفرائض . وقال الاترازي وأما قوله سميت العبادة النافلة صرفاً ففيــه نظر ، لأن الزمخشري أورد في فائقه في حديث النبي ﷺ في ذكر المدينة من أحدث فيها حدثاً أو آوى محدثاً فعليه لعنة الله إلى يوم القيامة ، لا يقبل منه صرف ولا عدل ، فقـــال الصرف التوبة لأنه صرف للنفس إلى البر عن الفجور والعدل المديـــة من المعادلة انتهى . قلت لا وجه في هذا النظر أصلا ، لأن الصرف ورد لمعاني كثيرة وقد ذكرناه الآن .

(قال) أي القدوري (فإن باع فضة بفضة أو ذهباً بذهب لا يجوز إلا مثلا بمثل وإن اختلفت) أي العوضان (في الجودة والصياغة) أما في الجودة بأن يكون أحدهم أجود من الآخر في ذاته ، وأما في الصياغة بأن يكون أحدهما أحسن صياغة من الآخر (لقوله

الذهب بالذهب مثلاً بمثل وزناً بوزن يداً بيــــد والفضل ربا ... الحديث، وقال عليه السلام جيدها ورديئها سواء وقد ذكرناه في البيوع . قال ولا بد من قبض العوضين قبل الإفتراق لما روينا ، ولقول عمر رضي الله عنه وإن استنظرك أن يدخل بيته فلا تنظره .

عليه السلام) أي لقول النبي ﷺ (الذهب بالذهب مثلا بمثل وزناً بوزن يداً بيـد والفضل ربا) هذا الحديث قد تقدم في باب الربا (الحديث) بالنصب ، أي اقر هـــذا الحديث بتمامه ، ويجوز بالرفع ، أي روي هذا الحديث بتمامه وقد تقدم تمامه هناك .

(وقال عليه السلام جيدها ورديئها سواء) أي قال النبي ﷺ جيد الأموال الربويـــة ورديئها سواء في حرمة الزيادة ، وهذا الحديث غريب ومعناه يؤخذ من إطلاق حديث أبي سعيد الخدري المتقدم وهو ما رواه مسلم عنه قـــال رسول الله ﷺ الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والملح بالملح مثلا بمثل يداً بيد، فمن زاد أو استزاد فقد أربى ، الأخذ والعطاء فيه سواء في حديث عبـادة بن الصامت الذهب بالذهب إلى قوله سواء بسواء يداً بيد ، فإذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم إذا كان يداً بيــــد (وقد ذكرناه) أي الحديث بالمذكور (في البيوع) أي في كتاب البيوع .

(قال) أي القدوري (ولا بد من قبض العوضين قبل الافتراق) يعني قبل الافتراق بالأبدان بإجماع العلماء (لما روينا) وهو قوله يداً بيد (ولقول عمر رضي الله عنه وإن استنظرك أن يدخل بيته فلا تنظره) هذا رواه محمد بن الحسن في أوائل كتاب الصرف ، وقال حدثنا عبيد الله بن عمر عن نافع عن عبد الله بن عمر بن الخطاب رضي الله عنهما عن عمر رضي الله عنه الذهب بالذهب مثلا بمثل والورق بالورق مثلا بمثل لاتفضلوابعضهاعلى بعض لا يباع منها غائب بناجز ، فإني أخاف عليكم الربا وإن استنظرك إلى أن يدخل بيته فلا تنظره ، انتهى . قوله استنظرك يخاطب به أحد عاقدي الصرف يعني ان سألك صاحبك أن يدخل بيته لإخراج بدل الصرف فلا تمهله . وقال القدوري في شرحه لمختصر

ولأنه لا بد من قبض أحدهما ليخرج العقد عن بيع الكالىء بالكالىء ، ثم لا بد من قبض الآخر تحقيقـــاً للمساواة فلا يتحقق الربا . ولأن أحدهما ليس بأولى من الآخر فوجب قبضهما سواء كانا يتعينان كالمصوغ ، أو لا يتعينان كالمضروب أو يتعين أحدهما ولا يتعين الآخر لإطلاق ما روينا .

الكرخي وعن ابن عمر انه قال إن وثب من سطح فثب معه . وقال الاترازى الربا اما بالمد يعني الربا وهـــذا الذى ذكرناه كله دليل على وجوب التقابض قبل الافتراق . وفي فوائد القدورى المراد بالقبض هنا القبض بالتراحم لا بالتخلية ، وهذا القبض شرط بقاء العقد على الصحة لا شرط انعقاده صحيحاً يدل عليه قوله فإن افترقا بطل العقـد والمشي إنما يبطل بعد وجوده .

(ولأنه) أي ولأن الشأن (لابد من قبض أحدهما ليخرج العقد عن بيـع الكالىء بالكالىء) أي النسيئة بالنسيئة ونهى النبي ﷺ عن بيـع الكالىء بالكالىء ، رواه ابن أبي شيبة وإسحاق بن راهوية والبزار في مسانيدهم من حديث ابن عمر رضي الله عنهما قال نهى النبي ﷺ أن يباع كالىء بكالىء يعني ديناً بدين .

(ثم لابد من قبض الآخر تحقيقاً للمساواة فلا يتحقق) بالنصب لأنه جواب النفي ، وهو قوله لابد ، والمعنى كيلا يتحقق (الربا) إذ في عدم قبل الآخر شبهة بيـع النقد بالنسيئة فيتحقق شبهة الربا وقد نفى النبي ﷺ عن ذلك . وقـــال الكاكي رحمه الله فإن قيل يشكل على هذا التعليل ما إذا باعا المصوغ بالمضروب ، فإن المصوغ مما يتعين بالتعيين ، ومع ذلك يشترط قبضها إذ النسيئة بالنسيئة أن ما تكون باعتبار عدم التعيين ، ومع ذلك يشترط قبضها ، لكن فيه شبهة عدم التعيين لكونه ثمناً خلقه فيشترط قبضه اعتباراً للشبهة في باب الربا .

(أو لأن أحدهما) دليل آخر ، أو لأن أحد العوضين (ليس بأولى) بالقبض (من الآخر فوجب قبضهما سواء كانا يتعينان كالمصوغ) والتبر (أو لايتعينان كالمضروب أو يتعين أحدهما ولا يتعين الآخر لإطلاق ما روينا) وهو قوله عليه الصلاة والسلام الذهب بالذهب

ولأنه إن كان يتعين ففيه شبهة عــدم التعيين لكونه ثمناً خلقة فيشترط قبضه اعتباراً للشبهة في الربا ، والمراد منــه الافتراق بالأبدان حتى لو ذهبا عن المجلس يمشيان معاً في جهة واحدة أو ناما في المجلس أو أغمي عليهما لا يبطل الصرف لقول ابن عمر « رض » وإن وثب من سطح فثب معه ،

مثلا بمثل ، وهو يتناول المضروب وغيره (ولأنه) أي ولأن بيع المصوغ بالمصوغ (إن كان يتعين) يعني بالتعيين (ففيه شبهة عدم التعيين لكونه ثمناً خلقة) أي لكونه خلق ثمنا ، فإذا كان كذلك (فيشترط اعتباراً للشبهة في الربا) حاصل هذا أن قوله ولأنه إن كان يتعين جواب عما يقال بيع المضروب بالمضروب بلا قبض لايصح لأنه كالىءبكالىء، وبيع المصوغ بالمصوغ ليس كذلك لتعينه بالتعيين فأجاب بقوله ولأنه إلى آخره .

وقال الاكمل رحمه الله ، فإن قيل فعلى هذا أي على الذي ذكره المصنف يلزم في بيع المضروب بالمصوغ نسيئة بشبهة الفضل ، فإذا بيع مضروب بمصوغ نسيئة وهو مما يتعين كان بالنظر إلى كونه خلق ثمناً شبهة عدم التعيين وتلك شبهة زائدة على الشبهة الأولى ، والشبهة هي المعتبر دون النازل عنها . أجيب بأن عدم الجواز في المضروب نسيئة بقوله يداً بيد لا بالشبهة ، لأن الحكم في موضع النص يضاف إليه لا إلى العلة فتكون الحرمة في هذه الصورة باعتبار الشبهة

(قال) أي القدوري (والمراد منه) أي من قوله قبل الافتراق (الافتراق بالأبدان) دون المكان (حتى لو ذهبا عن المجلس) أي المتعاقدان بالصرف حال كونهما (يمشيان معاً في جهة واحدة) قيد بهالأنهمالو مشيا في جهتين مختلفتين يبطل الصرف لوجود الافتراق بالأبدان (أو ناما في المجلس أو أغمي عليهما لايبطل الصرف لقول ابن عمر) أي لقول عبدالله بن عمر بن الخطاب رضي الله عنهما (وإن وثب من السطح فثب معه) وقد مــر الكلام في قول ابن عمر هذا عن قريب . قوله فثب بكسر الثاء المثلة وسكون الباء أمر من وثب يثب ، وأصل يثب يوثب فحذفت الواو لوقوعها بين الباء والكسرة والامر منه

وكذا المعتبر ما ذكرناه في قبض رأس مال السلم. بخلاف خيار المخيرة لأنه يبطل بالإعراض. وإن باع الذهب بالفضة جاز التفاضل لعدم المجانسة ووجب التقابض لقوله عليه السلام الذهب بالورق ربا إلا هاء وهاء، فإن افترقا في الصرف قبل قبض العوضين

يجيء اثب على وزن أعل ، لأن المحذوف منه فاء الفعل (وكذا المعتبر ما ذكرناه) أي وكذا الذي يعتبر ما ذكرناه وهو الافتراق بالابدان (في قبض رأس مال السلم) أراد أن قبض رأس المال قبل الافتراق بالأبدان في السلم شرط .

(بخلاف خيار المخيرة) هذا يرتبط بقوله لا يبطل الصرف يعني ان الصرف لايبطل بذهاب العاقدين معاً وخيار المخيرة يبطل (لأنه) أي لأن خيارها (يبطل بالاعراض) لأن اشتغالها بالمشي وإن كان مع زوجها دليل الإعراض عما جعل إليها فيبطل خيارها وإن لم تفارق الزوج ، كذا قال القدوري في شرحه . وعن محمد رحمه الله في رواية أنه جعل الصرف بمنزلة خيار المخيرة حتى قال يبطل بماهو دليل الإعراض كالقيام عن المجلس ، كذا في الذخيره .

(وإن باع الذهب بالفضة جاز التفاضل لعدم المجانسة ووجب التقابض لقوله عليه السلام) أي لقول النبي ﷺ (الذهب بالورق ربا إلا هاء وهاء) هذا الحديث رواه الأئمة الستة في كتبهم عن مالك بن أوس بن الحدثان عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه عن النبي ﷺ الذهب بالورق ربا إلاهاء وهاء . الورق بكسر الراء الفضة . قوله ربا أي حرام بطريق اطلاق اسم الملزوم على اللازم مجازاً ، وذلك لأن الربا يستلزم الحرام . قوله هاء وهاء مقصوران وممدودان ومعنى هاء خذ ، ومنه قوله تعالى﴿ هاؤم اقرأوا كتابية ﴾ ١٩ الحاقة ، وقال الكاكي وفي بعض الرويات إلا يداً بيد هاء وهاء وهو تأكيد لقوله يداً بيد ، كأنه قال إلا يداً مع التقابض ، كذا في المغرب قلت ولم أقف على هذه الرواية في كتب الحديث .

(فإن افترقا في الصرف قبل قبض العوضين)هذا متعلق بقولهولابدمن قبض المعوضين

أو أحدهما بطل العقد لفوات الشرط وهو القبض، ولهذا لا يصح شرط الخيار فيه ولا الأجل، لأن بأحدهما لا يبقى القبض مستحقاً، وبالثاني يفوت القبض المستحق ، إلا إذا أسقط الخيار في المجلس فيعود إلى الجواز لارتفاعه قبل تقرره ، وفيه خلاف زفر « رح » . قال ولا يجوز التصرف في ثمن الصرف قبل قبضه ، حتى لو باع دينـــاراً بعشرة دراهم ولم يقبض العشرة حتى اشترى بها ثوباً فالبيع في الثوب فاسد ، لأن القبض

لبقاء العقد (أو أحدهما) أي أو أحد المتعاقدين (بطل العقد لفوات الشرط وهو القبض، ولهذا) أي ولأن الافتراق بلا قبض مبطل (لايصح شرط الخيار فيه) أي في الصرف قيد بشرط الخيار لأن خيار العيب وخيار الرؤية يثبتان في الصرف كما في سائر العقود، إلا أن خيار الرؤية لا يثبت إلا في العين وقد مر ذلك في أول كتاب الصرف (ولا الأجل) أي ولايصح الأجل فيه أيضاً (لأن بأحدهما) وهو شرط الخيار (لايبقى القبض مستحقاً) لأن الخيار يمنع الملك (وبالثاني) أي الأجل (يفوت القبض المستحق) بالعقد (إلا إذا أسقط الخيار في المجلس)يعني منهما إن كان الخيار لهما أو ممن له ذلك(فيعود إلى الجواز) أي جواز العقد (لارتفاعــه قبل تقرره ، وفيه خلاف زفر) أي لارتفاع سبب الفساد قبل تقرره ،وهذا عند أصحابنا الثلاثة بالاستحسان والقياس أن لايجوز العقد بعد وقوعه على فساد وهو قول زفر .

(قال ولايجوز التصرف في ثمن الصرف قبل قبضه) هـــذا لفظ القدوري . قال الأترازي إعلم أن أحد المتعاقدين في الصرف إذا أبرأ صاحبه مما عليه قبل القبض أو وهبه أو تصدق به عليه وقبل الآخـر بطل الدين وانتقض الصرف ولم يقبل من عليه لم يبطل (حتى لو باع ديناراً) إيضاح لمـــا قبله ، يعني لو باع شخص ديناراً لرجل آخر (بعشرة دراهم ولم يقبض العشرة ، حتى لو اشترى بها ثوباً فالبيع في الثوب فاسد ، لأن القبض

مستحق بالعقد حقاً لله تعــالى وفي تجويزه فواته ، وكان ينبغي أن يجوز العقد في الثوب كما نقل عن زفر ، لأن الدراهم لا تتعين فينصرف العقــد إلى مطلقها ، ولكنا نقول الثمن في باب الصرف مبيع ، لأن البيع لا بد له منه ولا شيء سوى الثمنين فيجعل كل واحد منهما مبيعاً لعــدم الأولوية . وبيع المبيع قبل القبض لا يجوز وليس من ضرورة كونه مبيعاً أن يكون متعيناً كما في المسلم فيه .

مستحق) أي واجب (بالعقد حقاً لله تعالى) حتى لا يسقط بإسقاط المتعاقـدين (وفي تجويزه) أي وفي تجويز بيع الثوب (فواته) أي فوات حق الله عز وجل .

فإن قيل في عــدم تجويزه فوات حق العبد وحق العبد مقدم على حقــه تعالى ، قلنا إنما يكون حق العبد مقدماً بعدما ثبت حقه ، وهاهنا لم يجز بيعه في الثوب فكيف يكون حقه مقدماً .

(وكان ينبغي أن يجوز العقد في الثوب كما نقل عن زفر ، لأن الدراهم لا تتعين فينصرف العقد إلى مطلقها) أي مطلق الدراهم ، إذ الإطلاق والإضافة إلى بــدل العقد الصرف سواء ، وإنما قال عن زفر لأن الظاهر من مذهبه كمذهب أصحابنا الثلاثة (ولكنا نقول الثمن في باب الصرف مبيع ، لأن البيع لا بــد له منه) أي من المبيع (ولا شيء سوى الثمنين) فيجعل كل واحد منهما مبيعاً لعدم الأولوية يعني أن عقد الصرف بيع لأنه مبادلة مال بمال ، ولهذا لو حلف لا يبيع فصارف يحنث في يمينه ، والبيع ما يشتمل على مبيع وثمن وليس كل واحد من بدلي الصرف بأن يجعل مبيعاً أولى من الآخر (فيجعل كل واحد منهما) ثمناً من وجه (مبيعاً لعدم الاولوية) من وجه ضرورة إنعقاد البيع .

(وبيع المبيع قبل القبض لا يجوز) كما قلنا في المقايضة (وليس من ضرورة كونــه مبيعاً أن يكون متعيناً كما في المسلم فيه) هذا جواب عن سؤال مقدر تقديره بأن يقال

ويجوز بيع الذهب بالفضة مجازفة ، لأن المساواة غير مشروطة فيه ، ولكن يشترط القبض في المجلس لما ذكرنا ، بخلاف بيعه بجنسه مجازفة لما فيه من احتمال الربا . قـــال ومن باع جارية قيمتها ألف مثقال فضة وفي عنقها

لو كان كل واحد من بدلي الصرف مبيعاً لكان متعيناً . فأجاب عنه منع الملازمة كما في المسلم فيه ، لأنه مبيع واجب في الذمة وليس معين .

(ويجوز بيع الذهب بالفضة مجازفة) هذا لفظ القدوري رحمه الله واعلم أن بيع الذهب بالفضة أو الفضة بالذهب يجوز مجازفة سواء كانا متساويين في الوزن أقـــل كان أحدهما أو أكثر من الآخر لأن المساواة ليست بمشروطة عند اختلاف الجنسين لـمـا روي من حديث عبادة بن الصامت رضي الله عنه عن النبي ﷺ قال إذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم ، فإذا كان يـداً بيد ، فلما لم تكن المساواة مشروطة لم تكن المجازفة حراماً ، لأن حرمة المجازفة لاحتمال التفاضل وهو معنى قوله (لأن المساواة غير مشروطة فيه) أي في بيع الذهب بالفضة (ولكن يشترط القبض في المجلس) أي يشترط التقابض قبل الافتراق بالأبدان لهذا الحـديث ، وهو معنى قوله (لما ذكرنا) أي الحديث الذي ذكره فيما مضى وفي البيوع أيضاً .

(بخلاف بيعه) أي بيع الذهب (بجنسه) أي بالذهب (مجازفة لما فيه) أي في هذا البيع (من احتمال الربا) حاصل المسالة أن بيع الذهب أو الفضة بالجنس لا يجوز إذا لم يعرف المعاقدان وزن واحـــد منهما أو كانا يعرفان وزن واحـــد منهما ولا يعرفان وزن الآخر أو كان أحدهما يعرف الوزن دون الآخر . وقال زفر رحمه الله إذا وزنا فوجد أحدهما سواء عرف في المجلس أو بعد التفرق ، عندنا إذا وزنا في المجلس فكانا سواء جاز ، وإن وزنا بعد التفرق فوجدا سواء فسد .

(قال) أي محمد في الجامع الصغير (ومن وباع جارية قيمتها ألف مثقال فضة وفي عنقها

طوق فضة قيمته ألف مثقال بألفي مثقال فضة ونقد من الثمن ألف مثقال ثم افترقا فالذي نقد ثمن الفضة، لأن قبض حصة الطوق واجب في المجلس لكونه بدل الصرف والظاهر منه الاتيان بالواجب، وكذا لو اشتراهما بألفي مثقال ألف نسيئة وألف نقد فالنقد ثمن الطوق، لأن الأجل باطل في الصرف جائز في بيع الجاريـــة والمباشرة على وجه الجواز هو الظاهر منهما وكذلك لو باع سيفاً محلى بمائة درهم وحليته خمسون ودفع من الثمن خمسين جاز البيع فكان المقبوض حصة الفضة وإن لم يبين ذلك لما بينا،

طوق فضة قيمته ألف مثقال بألفي مثقال فضة ونقد من الثمن ألف مثقال ثم افترقا فالذى نقد ثمن الفضة، لأن قبض حصة الطوق واجب في المجلس) لكونه حقاً للشرع (لكونه بدل الصرف، والظاهر منه الاتيان بالواجب) تفريغاً للذمة، لأن من حال المسلم أن يؤدي الواجب ولا يخل بـــه، وهذا كما إذا ترك سجدة في صلاة صلبية وسهى أيضاً ثم أتى بسجدة في السهو في آخر الصلاة وسلم فصرف إحداهما إلى الصلبية وإن لم ينوها لكون الاتيان بها على وجه الصحة. وكذا لو طاف للصدر ولم يطف للزيارة [1] بطواف الصدر إلى طواف الزيارة ليكون الاتيان بالحج على وجه الصحة والخروج عن العهدة بيقين.

(وكذلك لو اشتراهما) أي الجارية والطوق (بألفي مثقال ألف نسيئة وألف نقداً فالنقد ثمن الطوق، لأن الأجل باطل في الصرف جائز في بيع الجارية) والظاهر من حالهما المباشرة على وجه الجواز، وهو معنى قوله (والمباشرة على وجه الجواز هو الظاهر منهما) أي من المعاقدين (وكذا) أي وكذا الحكم (لو باع سيفاً محلى بمائة درهم وحليته خمسون ودفع من الثمن خمسين جاز البيع فكان المقبوض حصة الفضة وإن لم يبين ذلك لما بينا) من قولنا أن الظاهر منه الاتيان بالواجب.

---

(١) هنا كلمة غير مقروءه.

وكذلك إن قال خذ هذه الخمسين من ثمنهما لأن الاثنين قد يراد بذكرهما الواحد، قال الله تعالى ﴿ يخرج منهما اللؤلؤ والمرجان ﴾ ٢٢ الرحمن . والمراد أحدهما فيحمل عليه بظاهر حاله، فإن لم يتقابضا حتى افترقا بطل العقد في الحلية، لأنه صرف فيها، وكذا في السيف وإن كان لا يتخلص إلا بضرر، لأنه لا يمكن تسليمه بدون الضرر ،

(وكذلك) أي الحكم (إن قال خذ هذه الخمسين من ثمنها) أي من ثمن الجارية ومن ثمن الطوق ، لأن أمور المسلمين محمولة على الصلاح مهما أمكن وقد أمكن هنا (لأن الاثنين قد يراد بذكرهما الواحد) مجازاً عند قيام الدليل هنا ، وقد قام الدليل لأن إذا ثمن الطوق واجب في المجلس ونظر المصنف لذلك بقوله (قال الله تعالى ﴿ يخرج منهما اللؤلؤ والمرجان ﴾ ٢٢ الرحمن) أي من البحرين العذب والملح ، والمراد بعدهما ، إذ اللؤلؤ والمرجان يخرجان من الملح دون العذب لما أن العذب والملح يلتقيان فيكون العذب كانعاج للملح، كما يقال الولد من الذكر والانثى مع أن الولد تلده الانثى ، كذا في التيسير (والمراد أحدهما) أي أحد البحرين وهو البحر الملح (فيحمل عليه) أي قوله خذ هذه الخمسين من ثمنيهما على أحدهما ، وهو الطوق (بظاهر حاله) أي حال المسلم أنه لا يباشر إلا على وجه الجواز .

(فإن لم يتقابضا حتى افترقا) بالأبدان (بطل العقد في الحلية ، لأنه صرف فيها) أي في العقد وقدفات شرطه (وكذا في السيف) أي وكذا بطل العقد في السيف أيضا (إن كان لا يتخلص) أي الحلية (إلا بضرر ، لأنه لا يمكن تسليمه بدون الضرر) كما لايجب تسليم الجوهر على الغاصب إذا ركبه في حلية ولايمكن تخليصه إلا بضرر فيلحق بالغصب مع انه جاز .

فإن قيل ينبغي أن يجعل الحلية تبعاً للسيف . قلنا إنما يجعل الشيء تبعاً لغيره إذا كان مكيلاً للمعنى المقصود ، وهاهنا المقصود من السيف . فإن قيل إن البائع رضي بضرر

ولهذا لا يجوز إقراره بالبيع كالجذع في السقف وإن كان يتخلص السيف بغير ضرر جاز البيع في السيف وبطل في الحلية لأنه أمكن إفراده بالبيع فصار كالطوق والجارية ، وهذا إذا كانت الفضة المفردة أزيد مما فيه ، فإن كانت مثله أو أقل منه

التخليص حيث باعه مركباً مع علمه أن البيع يقتضي الرضى ولم يوجد من الغاصب رضى ضرر التخليص . قلنا لا نسلم أنه رضي به لأنه باع كليهما وظنه وجوب التسليم بالسيف لا بطريق الإنفراد . فإن قيل فيه تفريق الصفقة فينبغي أن لا يجوز في الكل . قلنا التفريق إنما يكون بعد العقد والعقد لم ينعقد في الحلية لفقد شرط الجواز . فإن قيل ليس كذلك فإن العقد موجود فيهما بدليل قوله وبطل العقد ، قيل اختلف المشايخ فيه على أن التفريق إنما يكون أن لو كان هذا مضافاً إلى العاقد كما في النظائر ولم يوجد ، إذ المراد بالبطلان عدم الانعقاد .

(ولهذا) أي ولأجل عدم إمكان تسليمه إلا بضرر (لا يجوز إفراده) أي إفراد السيف (بالبيع كالجذع في السقف) أي كما لا يجوز إفراد بيع الجذع في السقف لعدم امكان تسليمه إلا بضرر ظاهر (وإن كان يتخلص السيف) أي في الحلية (بغير ضرر جاز البيع في السيف وبطل في الحلية ، لأنه أمكن إفراده بالبيع كالطوق والجارية) أي فصار حكمه حكم بيع الجارية التي في عنقها طوق فضة وقد مر بيانه (وهذا) أي جواز البيع في السيف وبطلانه في الحلية فيما (إذا كانت الفضة المفردة ازيد مما فيه) أي في السيف ، أي من فضة الحلية التي في السيف ، وهي الفضة المضمونة إلى السيف ، لأنه حينئذ تكره الفضة بالفضة والباقي بمقابلة الفصل ، والحفر والحمائل ، ولكن بطلانه في الحلية لفوات شرط جواز العقد بقاء وهو التقابض قبل الافتراق .

(فإن كانت) أي الفضة المفردة (مثله) أي مثل ما في السيف (أو أقل منه) أي

أو لا يدرى لا يجوز البيع للربا أو لاحتماله وجهة الصحة من وجه وجهة الفساد من وجهين فترجحت. قال ومن باع إناء فضة ثم افترقا وقد قبض بعض ثمنه بطل البيع فيما لم يقبض وصح فيما قبض ، وكان الإناء مشتركاً بينهما لأنه صرف كله فصح فيما وجد شرطه وبطل فيما لم يوجد ، والفساد طارىء لأنه يصح ثم يبطل بالافتراق فلا يشيع . ولو استحق بعض الإناء فالمشتري بالخيار إن شاء أخذ الباقي بحصته وإن شاء رده ، لأن الشركة عيب في الإناء .

أقل مافي السيف من الفضة (أولا يدرى) أقل أو أكثر أو مثله (لايجوز البيع للربا) لأنه في صورة العقل (أو لاحتماله) أي أو لاحتمال الربا على الصورة التي لايدرى(وجهة الصحة من وجه وجهة الفساد من وجهين) المساواة والنقصان (فترجحت) أي جهة الفساد . واعترض بأن كل جهة منهما علة للفساد فلا يصح للتصحيح وأجاب شمس الأئمة الكردري رحمه الله بأن مراده إذا كان أحدهما يكفي للحكم،فماظنك بهما إلابالترجيح الحقيقي إذ لا تعارض بين المفسد والمصحح فيما يلحق الشبهة فيه بالحقيقة .

(قال) أي القدوري (ومن باع إناء فضة ثم افترقا وقد قبض بعض ثمنه بطل البيع فيما لم يقبض وصح فيما قبض وكان الإناء مشتركاً بينهما لأنه) أي لأن هذا العقد (صرف كله فصح فيما وجد شرطه) أي شرط الصرف (وبطل) أي العقد (فيما لم يوجد) أي الشرط وهو التقابض (والفساد طارىء) أي عارض ، لأن العقد انعقد صحيحاً ثم فسد لعدم القبض ، وهو معنى قوله (لأنه) أي لأن العقد(يصح ثم يبطل بالافتراق فلا يشيع) أي الفساد ، كما إذا باع عبدين ومات أحدهما قبل القبض ، فإن البيع يبقى في الباقي ويبطل في الهالك ولا يثبت الخيار للمشتري بفعله وهو عدم النقد في بدل الصرف .

(ولو استحق بعض الإناء فالمشتري بالخيار إن شاء أخذ الباقي بحصته وإن شاء رده ، لأن الشركة عيب في الإناء)لأن الشركة في الأعيان المجتمعة عيب لأنها تنقبض بالتبعيض،

ومن باع قطعة نقرة ثم استحق بعضها أخذ ما بقي بحصته ولا خيار له، لأنه لا يضره التبعيض. قال ومن باع درهمين ودينارا بدرهم ودينارين جاز البيع وجعل كل جنس منهما بخلافه. وقـــال زفر والشافعي «رح» لا يجوز، وعلى هذا الخلاف إذا باع كر شعير وكري حنطة بكري حنطة وكري شعير. لهما أن في الصرف إلى خلاف الجنس تغيير تصرفه لأنـــه قابل الجملة بالجملة ومن قضيته الانقسام على الشيوع لا على التعيين والتغيير لا يجوز، وإن كان فيه

والإناء ينقبض بالتبعيض، بخلاف مامر، لأن الشركة فيه وقعت بصنعه. وقال زفر والشافعي «رح» لا يجوز وهو القياس وهو قول أحمد أيضاً (ومن باع قطعة نقرة) وهي قطعة فضة مذابة كـذا في تهذيب الديوان. قال الأترازي رحمه الله فعلى هذا تكون الإضافة في قوله قطعة نقرة من قبيل إضافة الجنس إلى النوع (ثم استحق بعضها أخـــذ مابقي بحصته ولا خيار له، لأنـه لايضره التبعيض) بخلاف الإناء فإذا لم يكن عيباً لم يثبت الخيار لأن الخيار لا يثبت بلا سبب.

(قال) أي القدوري رحمه الله (ومن باع درهمين وديناراً بدرهم ودينارين جاز البيع وجعل كل جنس منها بخلافه) تصحيحاً للعقد، وكذا على هذا إذا باع كرحنطة وكر شعير بكري حنطة وكري شعير أو باع السيف المحلى بفضة بسيف محلى بفضة ولا يعلم حكمها يصح البيع عندنا (وقال زفر والشافعي رحمهما الله لايجوز) وبه قال أحمد رحمه الله (وعلى هذا الخلاف) أي الخلاف المذكور بيننا وبين الشافعي وزفر (إذا باع كر حنطة وكر شعير بكري شعير وكري حنطة) يصح عندنا خلافاً (لهما) أي لزفر والشافعي (إن في الصرف إلى خلاف الجنس تغيير تصرفه) أي تصرف البائع (لأنه قابل الجملة بالجملة ومن قضيته) أي ومن قضية التقابل (الانقسام على الشيوع لا على التعيين) ومعنى الشيوع هو أن يكون الكل واحد من البدلين حظ من جملة الآخر (والتغيير لايجوز وإن كان فيه

تصحيح التصرف كما إذا اشترى قلباً بعشرة وثوباً بعشرة ثم باعهما مرابحة لا يجوز وإن أمكن صرف الربح إلى الثوب . وكذا إذا اشترى عبداً بألف درهم ثم باعه قبل نقد الثمن من البائع مع عبد آخر بألف وخمسمائة لا يجوز في المشترى بألف وإن أمكن تصحيحه بصرف الألف إليه ، وكذا إذا جمع بين عبده وعبد غيره وقال بعتك أحدهما لا يجوز وإن أمكن تصحيحه بصرفه إلى عبده ، وكذا إذا باع ثوباً بدرهم وثوب وافترقا من غير

تصحيح التصرف) لأنه يعتبر المقابلة غير الأولى، ويكون التصرف تصرفاً آخر . والواجب تصحيح تصرف العاقل على الوجه الذي باشره وقصده لا على خلاف ذلك والعاقد إن قصد المقابلة المطلقة لا مقابلة الجنس إلى خلاف الجنس ، وهي إنشاء تصرف آخر وفسخ التصرف الأول .

(كما إذا اشترى قلباً) بضم القاف وسكون اللام ولباء الموحدة وهو السوار ذكر هذه المسألة دليلاً على صحة وقوع المسألة المذكورة صورتها إذا اشترى قلباً (بعشرة) يعني سواراً وزنه عشرة دراهم (وثوباً بعشرة) أي ثوباً قيمته عشرة دراهم بعشرة دراهم (ثم باعهما مرابحة) يعني بعشرين درهماً (لا يجوز وإن أمكن صرف الربح إلى الثوب) خاصة تصحيحاً لتصرفه (وكذا) أي نظيرها (إذا اشترى عبداً بألف درهم ثم باعه قبل نقد الثمن من البائع مع عبد آخر بألف وخمسمائة لايجوز) أي العقد (في المشترى) بفتح الراء (بألف) درهم لأنه شراء ما باع بأقل مما باع ، وهذا لايجوز عندكم أيضاً (وإن أمكن تصحيحه) أي تصحيح العقد (بصرف الألف إليه) أي إلى المشتري والباقي إلى العبد الآخر .

(وكذا إذا جمع بين عبده وعبد غيره وقال بعتك أحدهما لايجوز وإن أمكن تصحيحه بصرفه إلى عبده) أي نظيرها (وكذا إذا باع درهماً وثوباً بدرهم وثوب وافترقا من غير

قبض فسد العقد في الدرهمين[1] ولا يصرف الدرهم إلى الثوب لما ذكرنا . ولنا أن المقابلة المطلقة تحتمل مقابلة الفرد بالفرد كما في مقابلة الجنس بالجنس وانه طريق متعين لتصحيحه فتحمل عليه تصحيحاً لتصرفه . وفيه تغيير وصفه لا أصله ، لأنه يبقى

قبض فسد العقدفي الدرهمين ولايصرف الدرهم إلى الثوب) وإن أمكن تصحيح التصرف يصرف الجنس إلى خلاف الجنس (لما ذكرنا) أشاربه إلى قوله ومن قضية الإنقسام على الشيوع لا على التعيين .

(ولنا أن المقابلة المطلقة) يعني المقابلة التى ذكراها مطلقة (تحتمل مقابلة الفرد بالفرد) قال تاج الشريعة يعني يحتمل أن يقابل أحد الجنسين بالجنس الآخر بأن يقابل الدرهمان بالدينارين ، والدينار بالدرهم (كما في مقابلة الجنس بالجنس) بأن باع دينارين بدينارين يكون الفرد بمقابلة الفرد بالاتفاق ، ألاترى أنه لو قبض كل واحد منهما ديناراً جاز العقد ، ولوكان مقابلاً بالآخر يكون العقد فاسداً ، لأن المقبوض حينئذ يكون مقابلاً بالمقبوض وغير المقبوض (وإنه) أي وإن مقابلة الفرد على تأويل التقابل (طريق متعين لتصحيحه) أي لتصحيح العقد بأن يكون الواحد بالواحد والاثنان بالاثنين فيلزم منه صرف شيء إلى خلاف جنسه فيصح العقد (فتحمل عليه تصحيحاً لتصرفه) أي على مقابلة الفرد بالفرد على تأويل التقابل إذ تصحيح كلام العاقد تقتضيه ديانته وعقله واجب ما أمكن .

(وفيه) أي فيما قلنا من مقابلة الفرد بالفرد (تغيير وصفه) أي وصف العقد وهو بطلان صفة الشيوع (لا أصله) أي لاتغيير أصل العقد كما قاله خصم لأن تغيير أصل العقد الصحيح يوجب الملك قبل القبض . فلوقلنا بانقسام على طريق الشيوع كما قاله الخصم يفسد العقد ولايثبت الكل قبل القبض فيلزم تغيير أصل العقد لرعاية وصف العقد، فكان ماقلنا أهون التغييرين ، فكان أولى (لأنه) أي لأن تغيير الوصف لا الأصل (يبقى

---

(١) الدرهم ـ هامش .

موجبه الأصلي وهو ثبوت الملك في الكل بمقابلة الكل ، وصار هذا كما إذا باع نصف عبد مشترك بينه وبين غيره ينصرف إلى نصيبه تصحيحاً لتصرفه . بخلاف مـــا عد من المسائل . أما مسألة المرابحة لأنه يصير تولية في القلب بصرف الربح كله إلى الثوب والطريق في المسألة الثانية غير متعين لأنه يمكن صرف الزيادة على الالف إلى المشتري .

موجبه الأصلي) ويبقى من الإبقاء وموجبه منصوب به ، والأصلي بالنصب صفته (وهو) أى الموجب الأصلي (ثبوت الملك في الكل بمقابلة الكل) الكـــل الأول هو الدرهمان والدينار ، والكل الثاني هو الدرهم والديناران

(وصار هذا) أى صار حكم هذا (كما إذا باع نصف عبد مشترك بينه وبين غيره ينصرف) أى بيعه (إلى نصيبه تصحيحاً لتصرفه) أراد أن العقـــد يصرف إلى نصف البائع لا إلى النصف الشائع بين النصيبين (بخلاف ما عد من المسائل) .

(أما مسألة المرابحة) هذا شروع في الجواب عن المسائل المتشبه بها ، فقوله خلاف مسألة المرابحة جواب عن المسألة الأولى وهو بنظيرها مسألة المرابحة المذكورة على المسألة الخلافية ، أراد أن مسألة المرابحة ليست كذلك (لأنه) أى لأن عقد المرابحة (يصير تولية في القلب بصرف الربح كله إلى الثوب) فإن الربح لو صرف إلى الثوب خاصة كان بائعاً للقلب الذي وزنه عشرة دراهم بعشرة دراهم ، وهو تولية في القلب ، والتولية ضد المرابحة ، والشيء لايتناول ضده .

(والطريق التصحيح في المسألة الثانية غير متعين) لأنـــه متعدد فيبقى الثمن مجهولاً فيفسد العقد (لأنه يمكن صرف الزيادة على الألف إلى المشتري) وهذا لأنا لو صرفنا خمسمائة أو أقل من ذلك بدرهم أو درهمين أو ثلاثة ونحو ذلك إلى العبد الآخر لايلزم شراء ماباع بأقل مما باع قبل نقد الثمن ، بخلاف مانحن فيه ، فإن طريق التصحيح متمين وهو صرف الجنس إلى خلاف الجنس .

وفي الثالثة أضيف البيع إلى المنكر وهو ليس بمحـــل للبيع والمعين ضـــده . وفي الاخيرة انعقد العقد صحيحاً والفساد في حـالة البقاء وكلامنا في الإبتداء . قال ومن باع أحـد عشر درهماً بعشرة دراهم ودينـــار جاز البيع ويكون العشرة بمثلها والدينار بدرهم ، لانه شرط البيع في الدراهم التماثل على ما روينا ، فالظاهر أنه أراد به ذلك فبقى الدرهم بالدينار وهما جنسان ولا يعتبر التساوي فيهما

(وفي الثالثة) أي وفى المسألة الثالثة (أضيف البيـع إلى المنكر) وهو قوله وكـذا إذا اشترى عبداً (وهو ليس بمحل للبيـع) أي المنكر لجهالته (والمعين ضده)أي المنكر والشيء لا يتناول ضده ، ويشكل عليه مسألة عبدي أو حماري حر ، فإن عند أبي حنيفة يعتق العبد لاستعارة المنكر المعرفة .

(وفي الأخيرة) أي في المسألة الأخيرة وهي ما إذا باع درهماً أو ثوباً بـدرهم وثوب وافترقا من غير قبض (انعقد العقد صحيحاً) سواء كان الجنس مقابلا بالجنس أو بخلافـه (والفساد في حالة البقاء) يعني الفساد وقع في حالة البقـــاء بالإفتراق من غـير قبض (وكلامنا في الابتداء) يعني الذى نحن فيه لا يصح العقد فيه ابتداء بدون صرف الجنس إلى خلاف الجنس فافترقا .

(قال) أي القدوري رحمه الله (ومن باع أحد عشر درهما بعشرة دراهم ودينـــار جاز البيع ، ويكون العشرة بمثلها والدينار بدرهم ، لأن شرط البيع في الدراهم التماثل على ما روينا) من الحديث المشهور (فالظاهر أنـه أراد به) أي بالبيـع (ذلك) أي التماثل (فبقي الدرهم بالدينار وهما جنسان فلا يعتبر التساوي فيهما) لاختلاف الجنسين ، وإنمـا جوزنا على هذا الوجه حملا لأمور المسلمين على الصلاح ، ولأن كل عين جاز بيعها بجنسها جاز بغير جنسها كالثياب .

ولو تبايعا فضة بفضة أو ذهباً بذهب وأحدهما أقل ومع أقلهما شيء آخر يبلغ قيمته باقي الفضة جاز البيع من غير كراهيـــة وإن لم تبلغ فمـــع الكراهة وإن لم يكن له قيمة كالتراب لا يجوز البيع لتحقق الربا ، إذ الزيادة لا يقابلهما عوض فيكون ربا . ومن كان له على آخر عشرة دراهم فباعه الذي عليه العشرة ديناراً بعشرة دراهم ودفع الدينار وتقاصا العشرة بالعشرة فهو جائز . ومعنى المسألة إذا باع

(ولو تبايعا فضة بفضة) ذكر هذه المسألة تفريعاً وليست مذكورة في الجامع الصغير ولا في القدوري (أو ذهباً بذهب وأحدهما أقل ومع أقلهما شيء آخر) أي والحـــال أن مع أقل الوزنين منهما شيء آخر من خلاف جنسه (يبلغ قيمته) أي قيمـــة ذلك الشيء (باقي الفضة جاز البيع من غير كراهية وإن لم يبلغ فمع الكراهية) أي يجوز مع الكراهية ، وذكر هذه المسألة في الإيضاح على الخلاف فقال روي عن محمد رحمه الله أنه إذا باع الدراهم بالدراهم وفي أحدهما فضل من حيث الوزن وفي الجانب الذي لا فضل فيه فلو قال هـــو جائز في الحكم ولكني أكرهه حتى روي عن محمد رحمه الله أنه قيل له كيف تجد ذلك في قلبك ، قال مثل الجبل . وقال أبو حنيفة رحمه الله لا بأس به لأنه أمكن تصحيحه بأن يجعل الجنس بالجنس والزيادة بإزاء الفلوس .

(وإن لم يكن له قيمة) أي وإن لم يكن للشيء الآخر قيمة (كالتراب) ونحوه (لا يجوز البيع لتحقق الربا إذ الزيادة لا يقابلهـــا عوض فيكون ربا ، ومن كان له على آخر عشره دراهم فباعه الذي عليه العشرة ديناراً بعشرة دراهم ودفع الدينار وتقاصا العشرة بالعشرة فهو جائز) هذه من مسائل الجامع الصغير ، وهذه المسألة على وجهين ، أما إن باع الدينار بالعشرة التي عليه أو باعه بعشرة مطلقة وقبض الدينار وجعل ثمن الدينار قصاصاً بالعشرة فالأول جائز بلا خلاف والثاني جائز استحساناً ، والقياس أن لا يجوز وهو قول زفر والشافعي وأحمد رحمهم الله .

(ومعنى المسألة) هذا من كلام المصنف رحمه الله ، أي معنى المسألة المذكورة (إذا باع

بعشرة مطلقة . ووجهه أنه يجب بهذا العقد ثمن يجب عليه تعيينه بالقبض لما ذكرنا والدين ليس بهذه الصفة فلا يقع بالمقاصة بنفس البيع لعدم المجانسة ، ، فإذا تقاصا يتضمن ذلك فسخ الأول والإضافة إلى الدين ، إذ لولا ذلك يكون استبدالاً ببدل الصرف . وفي الإضافة إلى الدين تقع المقاصة بنفس العقد

بعشرة مطلقة) يعني لم يقيده بالعشرة التي عليه ، لأنه لو أضاف العقد إلى العشرة التي عليه يجوز البيع بلا خلاف ، وفي المطلقة يجوز عندنا استحساناً ، وعند زفر رحمه الله لا يجوز قياساً ، وجه القياس أن هذا استبدال ببدل الصرف فلا يجوز كما لو أخذ ببدل الصرف عرضاً أو ديناراً ، أشار إلى وجه الاستحسان بقوله (ووجهه) أي وجه الجواز الذي هو استحسان (أنه يجب بهذا العقد ثمن يجب عليه تعيينه بالقبض) لأن العقد لما أطلق وجب به ثمن يجب تعيينه بالقبض كيلا يلزم الربا (لما ذكرنا والدين ليس بهذه الصفة) إشارة إلى قوله ولا بد من قبض العوضين قبل الإفتراق (فلا تقع المقاصة بنفس العقد) لأن الدين لا يصلح وفاء لذلك فلم يكن قصاصاً (لعدم المجانسة) من العين والدين .

(فإذا تقاصا) يعني بالتراضي جاز ذلك عندنا لأنه (تضمن ذلك فسخ الأول) أي الصرف الأول وهو الصرف المطلق وهو بيع الدينار بعشرة مطلقة (والإضافة) أي وتضمن ذلك أيضاً إضافة العقد (إلى الدين) وهو بيع الدينار بالعشرة التي هي دين ، فصار كأنه قال اشتريت هذا الدينار منك بالعشرة التي لك علي وقبل الآخر يعني عند اتفاقهما على المقاصة يجعل كأنهما فسخا الأول ثم جدو العقد مضافاً إلى ذلك الدين لأنهما قصدا تصحيح هذه المقاصة ولا طريق له سوى هذا ، ولهذا شرطنا تراضيهما على المقاصة هاهنا ، وإن كان في سائر الديون تقع المقاصة بدون التراضي (إذ لولا ذلك) يعني لولا تحويل العقد إلى صرف آخر وهو بيع الدينار بالعشرة التي هي دين (يكون استبدالاً ببدل الصرف) قبل القبض وهو لا يجوز .

(وفي الإضافة إلى الدين تقع المقاصة بنفس العقد) هذا في الحقيقة جواب عن سؤال

على ما نبينه . والفسخ قد يثبت بطريق الإقتضاء كما إذا تبايعا بألف ثم بألف وخمسمائه ، وزفر « رح » يخالفنا فيه لأنه لا يقول بالاقتضاء ،

مقدر وهو أن يقال المقاصة إنما تصح إذا كان وجوب بدل الصرف قائماً ، فإذا بطل عقد الصرف بالفسخ كيف توجد المقاصة ، لأن الفائت بالأقتضاء يجب أن يثبت على وجه لا يبطل به المقتضى ، فإذا ثبت الفسخ المقتضي بطل المقتضى وهو المقاصة ، لأن المقتضي قيام العشرة الثابت بالعقد وقد فات بالفسخ . وتحرير الجواب أن يقال إضافة أي بإضافة العقد إبتداء إلى الدين أي العشرة التي عليه تقع المقاصة بنفس العقد ، وإنما تبطل المقاصة عند فسخ الأول إذا لم يتجدد عقد جديد ، وهاهنا جدد العقد فصح المقاصة به .

فإن قيل لو فسخ الصرف ضمناً ينبغي أن يشترط القبض ، لأن الإقالةبيعحق الثالث. قلنا صارت الإقالة هاهنا في ضمن المقاصة فجاز أن لا يثبت حكم البيع لمثل هذه الإقالة بل يثبت حكم البيع إذا كانت الإقالة قصداً (على ما نبينه إن شاء الله تعالى) إشارة إلى قوله فكفى ذلك للجواز أي الإضافة إلى الدين كاف للجواز لأنه دين يسقط لا خطر فيه .

(والفسخ قد يثبت بطريق الاقتضاء) هذا جواب أيضاً عما يقال أن العقد لو فسخ للمقاصة وجب قبض الدينار على البائع بحكم الإقالة ، لأن للإقالة حكم الصرف وتقرير الجواب أن الفسخ ضمني يثبت في ضمن المقاصة بطريق الاقتضاء ، فجاز أن لا يثبت بعد هذا حكم البيع (كما إذا تبايعا بألف) يعني عقداً بألف درهم (ثم بألف وخمسمائة) أي ثم تبايعا ، فإن العقد الأول ينفسخ ضرورة بثبوت الثاني .

(وزفر رحمه الله يخالفنا فيه) أي فيما ذكرنا من الحكم المذكور (لأنه) أي لأن زفر (لا يقول بالإقتضاء) وخالفنا فيه كما خالف في قوله أعتق عبدك أعني بألف درهم . فإن قيل يشكل عليه الشراء بأن قال ان شريتك فإن الملك يثبت عنده فيه بطريق الإقتضاء

وهــذا إذا كانَ الدين سابقاً ، فإن كان لاحقاً فكذلك في أصح الروايتين لتضمنه انفساخ الأول والإضافة إلى دين قائم وقت تحويل العقد فكفى ذلك للجواز . قال ويجوز بيع درهم صحيح ودرهمين غلتين بدرهمين صحيحين ودرهم غلة ،

قلنا لا نسلم إنه يثبت بطريق الإقتضاء بل يثبت بطريق الدلالة (وهذا) أي ما ذكرنا من التقاص والفسخ والإضافة إلى الدين (إذا كان الدين سابقاً) أي على العقد (فإن كان) أي الدين (لاحقاً) بأن اشترى ديناراً بعشرة دراهم وقبض الدينار ثم أن مشتري الدينار باع ثوباً من بائع الدينـــار بعشرة دراهم ثم أراد أن يتقاصا (فكذلك) تقع المقاصة (في أصح الروايتين) وهي رواية أبي حفص سليمان ، وهي التي اختارهــا فخر الإسلام ، والمصنف رحمه الله وفي رواية أبي حفص لا تقع المقاصة وهي التي اختارها شمس الأئمة وقاضي خان ، لأن الدين لاحق والنبي ﷺ جوز المقاصة في دين سابق ... الحديث عن ابن عمر رضي الله عنهما فإنه روي أنه قال رسول الله ﷺ أني أكري ابلا بالبقيع إلى مكة بالدراهم وآخذ مكانهـــا دنانير أو قال بالعكس ، فقال ﷺ لا بأس بذلك إذا افترقتما وليس بينكما عمل .

وأشار المصنف رحمه الله إلى وجه الأصح بقوله (لتضمنه إنفساخ الأول) أي لتضمن التقاصص إنفساخ الصرف الأول وإن شاء صرف أخر ، لانهما لما تقاصا صار كأنهما جددا عقداً آخر جديداً ، فكان الدين سابقاً على المقاصة ، وهو معنى قوله (والإضافة) أي إضافة عقدالصرف (الى دين قائم) أي ثابت (وقت تحويل العقد) فيكون الدين حينئذ سابقاً على المقاصة (فكفى ذلك للجواز) أي الإضافة إلى الدين كان للجواز ، لانه دين يسقط لا خطر فيه .

(قال) أي القدوري رحمه الله (ويجوز بيع درهم صحيح ودرهمين غلتين بدرهمين صحيحين ودرهم غلة) بفتح الغين المعجمة وتشديد اللام ، قال في المغرب الغلة من الدراهم المقطعة التي في القطعة منها قيراط أو طسوج أو حبه ونقله المطرزي هكذاعن أبي يوسف

والغلة مـا يرده بيت المـــال ويأخـذه التجـار ووجه تحقيق المساواة في الوزن ومـا عـرف من سقوط اعتبـــار الجودة .

قال وإذا كان الغالب على الدراهم الفضة فهي فضة، وإذا كان الغالب على الدنانير الذهب فهي ذهب ، و يعتبر فيهما من تحريم التفاضل ما يعتبر في الجياد حتى لا يجوز بيع الخالصة بها ولا بيع بعضها ببعض إلا متساوياً في الوزن،

في رسالته وفي بعض الحواشي دراهم غلة أي منكسرة . وفي زاد الفتهاء الغلة من الغلول وهي الخيـــانة ، يقال غل وأغلا أي خان ، وقال المصنف (والغلة ما يرده بيت المال ويأخذه التجار) أي يردها بيت المال لكونها قطعاً لا لزيافتها . وعند الشافعي رحمه الله لا يجوز هذا البيـع .

(ووجهه) أي وجه جواز هذا البيـع (تحقيق المســـاواة في الوزن) لان المساواة هي شرط الجواز ، فإذا وجدت فلا مانع أصلاً (وما عرف من سقوط اعتبار الجودة)هذا عطف على قوله تحقيق المساواة بقوله عليه السلام جيدها ورديئها سواء .

(قال) أي القدوري رحمه الله (وإذا كان الغالب على الدراهم الفضة) بالنصب لانه خبر كان (فهي فضة) أي حكمها حكم الدراهم الاصل أن النقود لا تخلو عن قليل غش خلقة أو عادة ، فالاول كما في الرديء ، والثاني ما يخلط للانطباع فإنها بدونه تتفتت ، فإذا كان كذلك يعتبر الغالب ، لان المغلوب في مقابلة الغالب كالمستهلك (وإذا كان الغالب على الدنانير الذهب فهي ذهب ، ويعتبر فيهما) وفي بعض النسخ ويعتبر فيها ، وعلى التقديرين الضمير يرجع إلى الدراهم والدنانير (من تحريم التفـــاضل ما يعتبر في الجياد ، حتى لا يجوز بيع الخالصة بها) أي بالمغشوشة (ولا بيـع بعضها ببعض إلا متساوياً في الوزن) وقـــال الشافعي رحمه الله لا يجوز بيـع الخالصة بها الدراهم المغشوشة بعضها ببعض سواء كان الغش غالباً أو النقرة ، ويجوز أن يشتري بها سلعة في أظهر الوجهين ، كذا في الحلية .

وكـــذا لا يجوز الاستقراض بهـا إلا وزناً ، لأن النقود لا تخلو عن قليل غش عاده لأنهـــا لا تنطبـع إلا مـع الغش. وقد يكون الغش خلقياً كما في الرديء منه فيلحق القليل بالرداءة والجيد والرديء سواء . وإن كان الغـالب عليهمـا الغش فليسا في حكم الدراهم والدنانير اعتباراً للغالب ، فإن اشترى بها فضة خالصة فهو على الوجوه التي ذكرناها في حلية السيف، فإن بيعت بجنسها متفاضلاً

(وكذا لا يجوز الاستقراض بهـــا إلا وزناً) أي إلا متســاوياً في الوزن . وقال رحمه الله إلا وزنـــاً ، الإعداد كما في الفلوس (لان النقود لا تخلو عن قليل غش عادة ، لانها لا تنطبع إلا مع الغش) لأنا قد ذكرنا الآن أنهـــا بدون بعض الغش قد تتفتت ولا يجتمع بعضها ببعض (وقد يكون الغش خلقياً) أي من حيث الخلقة وذلك (كما في الرديء منه) أي من كل واحد من الذهب والفضة (فيلحق القليل بالرداءة) أي يلحق القليل من الغش بالرداءة الفطر به والمتساوي كغالب الفضة في التبايع والاستقراض وفي الصرف كغالب الغش (والجيد والرديء سواء) بالنص .

(فإن كان الغالب عليهماالغش فليسا في حكم الدراهم والدنانير اعتباراً للغالب) هـــذا أيضاً لفظ القدوري ، غير أن قوله اعتباراً للغالب من كلام المصنف . وقـــال الأقطع المراد به إذا كانت الفضة لا تتخلص من الغش لأنها صارت مستهلكة فلا اعتبار بها ، فأما إذا كانت تتخلص من الغش فليست مستهلكة ، فإذا بيعت بفضة خالصة فهي كبيع نحاس وفضة بفضة ، فيجوز على هذا الاعتبار (فإن اشترى بها) أي بالمغشوشة (فضة خالصة فهو على الوجوه التي ذكرناها في حليـــة السيف) يعني إن كانت الفضة الخالصة مثل تلك الفضة التي في الدراهم المغشوشة أو أقل ، أو لا يـــدرى لا يصح . وإن كانت أكثر يصح .

جاز صرفاً للجنس إلى خلاف الجنس فهي في حكم شيئين فضة وصفر، ولكنه صرف حتى يشترط القبض في المجلس بوجود الفضة من الجانبين فإذا شرط القبض في الفضة يشترط في الصفر ، لأنه لا يتميز عنه إلا بضرر . وقال رضي الله عنه ومشايخنا « رح » لم يفتوا بجواز ذلك في العدالي والغطارفة

(وإن بيعت) أى الدراهم المغشوشة (بجنسها) أى بالدراهم المغشوشة (متفاضلا) أى بيعــاً متفاضلا (جاز) أى البيع (صرفاً) أى من حيث الصرف (للجنس إلى خلاف الجنس) تحرزاً عن الربا (وهي) أى الدراهم المغشوشة التي بيعت بالدراهم المغشوشة (في حكم شيئين فضة وصفر) وبيع الفضــة بالصفر أو العكس متفاضلا يجوز فكذلك بيع الدراهم المغشوشة بالمغشوشة بطريق صرف الجنس إلى خلاف الجنس (ولكنه صرف) هذا جواب إشكال ، وهو أن يقال ينبغي أن لا يشترط القبض في هذه الصورة ، لأنــه لما صرف الجنس إلى خلاف الجنس ، أى الفضة إلى الصفر لم يبق صرفــاً ، فكيف يشترط التقابض . فأجاب بقولــه ولكنه صرف ، تقريره أن هذا البيع صرف (حتى يشترط القبض في المجلس لوجود الفضة من الجانبين) أى من جانب الثمن ، لأن الاصل في المقابلة المطلقة الشيوع (وإذا شرط القبض في الفضة يشترط في الصفر ، لانه لا يتميز عنــه إلا بضرر) لأن صرف الجنس إلى خلاف جنسه كان لضرورة تصحيح التصرف فيا وراءه يكون العقد عقد صرف ، فيشترط القبض فيه .

(قال) المصنف رحمه الله (ومشايخنا « رح ») يريد به علماء ما وراء النهر فدعى لهم بقوله (رحمهم الله تعالى ، لم يفتوا بجواز ذلك) أي بجواز التفاضل (في العدالي) بفتح العين المهملة وتخفيف الدال المهملة وباللام المكسورة ، أي الدراهم المنسوب إلى العــدالي وكأنه اسم ملك نسب إليه درهم فيــه غش (والغطارفة) أي الدراهم الغطرفية وهي المنسوبة إلى غطريف بكسر الغين المعجمة وسكون الطاء وكسر الراء بعدهما الياء آخر الحروف الساكنة ، وفي آخره تاء وهو ابن عطاء الكندي أمير خراسان أيام هارون

لأنها أعز الأموال في ديارنا ، فلو أبيح التفاضل فيه ينفتح باب الربا . ثم إن كانت تروج بالوزن فالتبايع والاستقراض فيهما بالوزن ، وإن كانت تروج بالعد فبالعد ، وإن كانت تروج بهما فبكل واحد منهما ، لأن المعتبر هو المعتاد فيهما إذا لم يكن فيهما نص . ثم هي ما دامت تروج تكون أثماناً فلا تتعين بالتعيين . وإذا كانت لا تروج فهي سلعة تتعين بالتعيين . وإذا كانت يتقبلها البعض

الرشيد . وقيل هو خال هارون الرشيد (لأنها) أي لأن العدالي والغطارفة (أعز الأموال في ديارنا) أي في البخارى وسمرقند (فلو أبيح التفاضل فيه) أي في المذكور من العدالي والغطارفة (ينفتح باب الربا) ويندرجون إلى الذهب والفضة بالقياس على ذلك .

(ثم إن كانت) أي الدراهم والدنانير التي غلب الغش عليها والدنانير التي كذلك (تروج بالوزن فالتبايع والاستقراض فيهما) أي في الدراهم والدنانير التي غلب الغش عليها (بالوزن ، وإن كانت تروج بالعد فبالعد) أي يعتبران بالعد (وإن كانت تروج بهما) أي بالوزن وبالعد (فبكل واحد منهما) أي فيعتبر بكل واحد منهما (لأن المعتبر هو المعتاد فيهما إذا لم يكن فيهما نص) قال الأكمل حيث لم يكن منصوصاً عليهما ، فهذا التفسير يدل على أن قوله إذا لم يكن ليس هكذا ، بل إذ لم يكن بدون الألف بعد الذال ولكن غالب النسخ إذا بالألف بعد الذال ، والذي يظهر لي أن الصواب مع الأكمل .

(ثم هي) أي الدراهم المغشوشة والدنانير المغشوشة (ما دامت تروج) فيقبلها الناس (تكون أثماناً) يعني يكون حكمها حكم الأثمان (لا تتعين بالتعيين) فإن هلكت قبل التسليم لا يبطل العقد بينهما ويجب عليه مثلها (وإذا كانت لا تروج فهي سلعة)أي حكمها حكم السلعة (تتعين بالتعيين) كالرصاص والستوقة (فإن كانت يقبلها البعض) أي بعض

دون البعض فهي كالزيوف لا يتعلق العقد بعينها بـــل بجنسها زيوفـــاً إن كان البائع يعلم بحالها لتحقق الرضاء منه وبجنسها من الجياد . وإن كان لا يعلم لعدم الرضاء منه . وإذا اشترى بها سلعة فكسدت وترك الناس المعاملة بها بطل البيع عند أبي حنيفة « رح ». وقال أبو يوسف « رح » عليه قيمتها يوم البيع . وقال محمد « رح » عليه قيمتها آخر ما تعامل الناس بها .

الناس (دون البعض فهو كالزيوف لا يتعلق العقد بعينها بل بجنسها) حال كونها (زيوفاً إن كان البائع يعلم بحالها) أي بحال الدراهم والدنانير المغشوشة (لتحقق الرضاء منه) أي من البائع (وبجنسها) أي ويتعلق العقد بجنسها (من الجياد إن كان لا يعلم لعدم الرضاء منه) أي بالزيوف .

(وإذا اشترى بها) أي بالدراهم التي غشها غالب (سلعة فكسدت وترك النـــاس المعاملة بها بطل البيع عند أبي حنيفة رحمه الله) وتفسير الكساد المذكور في البيوع أنها لا تروج في جميع البلدان ، هذا على قول محمد ، أمـــا عندهما الكساد في بلد يكفي لفساد البيع في تلك المدة . وفي العيون إن عدم الرواج إنما يوجب فساد البيع إذا كان لا يروج في جميع البلدان ، لانه حينئذ يصير هالكاً ويبقى البيع بلا ثمن ، فأما إذا كان لا يروج في هذه البلدة ويروج في غيرها لا يفسد البيـع ، لانه لم يهلك ولكنه تعييب ، فكان للبائع الخيار إن شاء قال أعط مثل النقد الذي وقع عليه العقـــد ، وإن شاء أخذ قيمـــة ذلك دنانير .

(وقال أبو يوسف « رح » عليه قيمتها يوم البيـع)لانها كانت مضمونة (وقال محمد « رح » عليه قيمتها آخر ما تعامل الناس بها) أي بالدراهم المغشوشة والبيـع لا يبطل عندهما ، وكذا عند الشافعي وأحمد « رح » ولكن عند الشافعي « رح » يجب ذلك الـكاسد لانــه مال عنده في وجه يخير البائع إن شاء أجاز البيـــع بذلك ، وإن شاء فسخه لتعينـــه . وعند أحمد يجب النقد الجديد بالقيمة .

لهما أن العقد قد صح إلا أنه تعذر التسليم بالكساد وإنـــه لا يوجب الفســـاد ، كما إذا اشترى بالرطب فانقطع . وإذا بقى العقد وجبت القيمة ، ولكن عند أبي يوسف « رح » وقت البيع لأنه مضمون به . وعند محمد « رح » يوم الانقطاع لأنه أوان الانتقال إلى القيمة . ولأبي حنيفة « رح » أن الثمن يهلك بالكساد لأن الثمنية بالاصطلاح وما بقي فيبقى بيعاً بلا ثمن فيبطل . وإذا بطل البيع

(لهما) أي لأبي يوسف ومحمد (أن العقد قد صح) وقال الكاكي أي بالاجماع لوجود مبادلة المال بالمال (إلا انه تعذر التسليم بالكساد) أي لان الشأن تعـذر تسليم الثمن وهي المغشوشة بالكساد لانعدام الثمنية ويجوز أن يكون الضمير في لأنه للثمن ، أي لأن الثمن تعذر تسليمه بالكساد (وانــه) أي وإن تعذر التسليم أو الكساد (لا يوجب الفساد) لانه صفة عارضة قابلة للزوال ساعة فساعة بالرواج (كما إذا اشترى) أي نظير هذا كما إذا اشترى رجل شيئاً (بالرطب فانقطع) بأن لا يوجد في الاسواق لايبطل البيع بالإتفاق، ويجب القيمة ولا ينتظر إلى زمان الرطب في السنة الثانية فكذا هذا (وإذا بقي العقد وجبت القيمة لكن عند أبي يوسف وقت البيع لانه مضمون بـه) أي لان الثمن مضمون بالبيع ، فكان كالمغصوب يعتبر قيمته يوم الغصب ، لانه مضمون فيه ، وعليه الفتوى ، فإنه ذكر في الذخيرة وعليـه قيمة الدراهم يوم وقع البيع في قول أبي يوسف الآخر وعليه الفتوى .

(وعند محمد يوم الانقطاع لانه) أي لان يوم الانقطاع (أوان الانتقال إلى القيمة) يعني يوجب العقد رد ما انعقد به العقد والانتقال إلى القيمة بالانقطاع فيعتبر يوم الانقطاع . وفي المحيط والتتمة والحقائق وبقول محمد « رح » يفتي رفقاً للناس .

(ولابي حنيفة ان الثمن يهلك بالكساد لان الثمنية بالاصطلاح) أي ثمنية الدراهم التي غشها غالب ، إنما جعلت ثمناً بالاصطلاح ، فإذا ترك الناس المعاملة بها بطل الاصطلاح (وما بقي) أي الاصطلاح (فيبقى) أي العقد (بيعاً بلا ثمن فيبطل ، وإذا بطل البيع

يجب رد المبيع إن كان قائماً وقيمته إن كان هالكاً كما في البيـــع الفاسد . قال ويجوز البيع بالفلوس لأنه مال معلوم ، فإن كانت نافقة جاز البيع بها وإن لم تعين لأنها أثمان بالاصطلاح . وإن كانت كاسدة لم يجز البيع بها حتى يعينها لأنها سلع فلا بد من تعيينها .وإذا باع بالفلوس النافقة ثم كسدت بطل البيع عند أبي حنيفة « رح »

يجب رد المبيـع إن كان قائماً وقيمته) أى تجب قيمته (إن كان هالكاً) لا يقـــال العقد تناول عينها وهو باق بالكساد وهو مقدور التسليم ، لانا نقول إن العقد تناولها بصفـة الثمنية لانها ما دامت رائجة فهي تثبت ديناً في الذمـــة ، وبالكساد ينعدم منها صفة المالية وصفة الثمنية في الفلوس والدراهم المغشوشة التي غلب غشها كصفة المالية في الاعيان. ولو انعدمت المالية بهلاك المبيـع قبل القبض أو تخمر العصير فسد البيـع ، فكذا هـذا . وأما الجواب عن البيـع بالرطب ان الرطب مرجو الوصول في العام الثاني غالباً فلم يكن هذا هالكاً من كل وجه فلم يبطل المثمن أصلا ، وفي الدراهم المغشوشة بعـــد الكساد لا يرجى الوصول إلى ثمنها في الحال ، لان الكساد أصلي في الشيء إذا رجع أصله ، فلما ينتقل عنه (كما في البيـع الفاسد) فإن الحكم فيه انه يجب على المشترى رد المبيـع فيه على البائع إن كان قائماً ، وإن كان هالكاً يجب عليه رد قيمته يوم القبض .

(قال) أى القدوري (ويجوز البيـع بالفلوس لانه مال معلوم) هذا بالاجماع (فإن كانت نافقة) أى رائجة (جاز البيـع بها وإن لم تعين) الفلوس (لانها أثمان بالاصطلاح) فلا يتعين في البيـع كالدراهم والدنانير ، وإن شرط المتبايعان أعيانهما ويكون ما أوجب كل واحد منهما في العقد على نفسه ديناً في ذمته ولا يجبر كل واحد منهما أن يسلمها مـــا شرط من العين إن شاء أعطى العين وإن شاء أعطى مثلها . وإن هلكت لم ينفسخ العقـد بهلاكها لانه لم يقع عليهـــا (وإن كانت) أي الفلوس (كاسدة) يعني لا تروج (لم يجز البيـع بها حتى يعينها ، لانها سلع فلا بد من تعيينها) فإذا لم يعينها يصح العقد .

(وإذا باع بالفلوس النافقة ثم كسدت بطل البيـع عند أبي حنيفة) قيـد بالكساد

خلافاً لهما. وهو نظير الإختلاف الذي بيناه ولو استقرض فلوساً نافقة فكسدت عند أبي حنيفة يجب عليه مثلها ، لأنه إعارة وموجبه رد العين معنى ، والثمنية فضل فيه

لانها إذا غلت أو رخصت كان عليه رد المثل بالاتفاق ، ذكره في شرح الطحاوى (خلافاً لهما) أى لابي يوسف ومحمد « رح » هذا الخلاف الذى ذكره القدورى بخلاف ما ذكر في الاصل وشرح الطحاوى والاسرار والاشارات ، لانه ذكر بطلان البيع عند الكساد فيها بلا خلاف ، قال في الاشارات إذا اشترى شيئاً بفلوس فكسدت قبل القبض فسد العقد عندنا خلافاً لزفر . وفي شرح الطحاوى وقال بعض مشايخنا إنما يبطل العقد إذا اختار المشترى إبطاله فسخاً ، لان كسادها بمنزلة يجب فيها ، والاول أظهر . ولو نقد الدرهم وقبض من الفلوس نصفها خمسين ثم كسدت الفلوس قبل أن ينقد النصف الآخر بطل البيع في نصفها وله أن يسترد نصف الدراهم . ولو اشترى فاكهة أو شيئاً بعينه بفلوس ثم كسدت الفلوس قبل أن ينقدها وقد قبض المبيع فسد البيع ، وله أن يرد المبيع إن كان قائما أو قيمته أو مثله إن كان هالكا .

وعن أبي يوسف أن عليه قيمة الفلوس ولا يفسد البيع (وهو نظير الاختلاف الذى بيناه) أي الاختلاف في كساد الفلوس نظير الاختلاف في كساد الدراهم الذى غشها غالب يعني يبطل البيع عند أبي حنيفة بكساد الفلوس ، وعندهما لا يبطل ، لكن عند أبي يوسف يجب قيمتها يوم البيع . وعند محمد آخر ما يتعامل الناس بها وهو يوم الانقطاع في السوق .

(ولو استقرض فلوساً نافقة فكسدت عن أبي حنيفة يجب عليه مثلها لانه إعارة) أي لان الاستقراض المثلي إعارة كما أن إعارته قرض وموجب استقراض المثلي رد عينه ، وهو معنى قوله (وموجبه رد العين معنى) أى موجب عقد الاعارة رد المعين من حيث المعنى لا من حيث الحقيقة وذا لا يكون إلا بالمثل (والثمنية فضل فيه) جواب عما يقال كيف يكون المثل بمعنى المعنى وقد فات وصف الثمنية ، وإنما كان بمعنى العين أن لو رد مثله حال كونه نافقاً ، فقال فأجاب المصنف بقوله والثمنية فضل. تقريره أن الثمنية بمعنى صحة

إذ القرض لا يختص به. وعندهما يجب قيمتها لأنه لما بطل وصف الثمنية تعذر ردها كما قبض فيجب رد قيمتها كما إذا استقرض مثليها فانقطع لكن عنـــد أبي يوسف « رح » يوم القبض . وعند محمد « رح » يوم الكساد على ما مر من قبل . وأصل الاختلاف فيمن غصب مثلياً فانقطع . وقول محمـــد « رح » انظر للجانبين ، وقول أبي يوسف أيسر .

استقراض كونه ثمناً فضل في القرض (إذ القرض لا يختص به) أي بمعنى الثمنية يعني صحة استقراض الفلس لم يكن باعتبار الثمنية ، بل لانه مثلي وبالكساد لم يخرج من أن يكون مثلياً ، ولهذا صح استقراضه بعد الكساد .

(وعندهما) أي وعند أبي يوسف ومحمد « رح » (يجب قيمتها) أي قيمة الفلوس التي كسدت بعد رواجها (لأنه لما بطل وصف الثمنية تعذر ردها كما قبض) وليس المثل المجرد عنها في معناها (فيجب رد قيمتها ، كما إذا استقرض مثلياً فانقطع لكن عند أبي يوسف يوم القبض ، وعند محمد يوم الكساد على ما مر من قبل) عند قوله وعنـــد أبي يوسف وقت البيـع .

(وأصل الاختلاف) أي بين أبي يوسف ومحمد « رح » في اعتبار القيمه يوم القبض أو الكساد فرع الإختلاف (فيمن غصب مثلياً فانقطع) فعند أبي يوسف تجب القيمة يوم الغصب . وعند محمد يوم الإنقطاع ، وسيجيء بيانه إن شاء الله تعالى في أول كتاب الغصب (وقول محمد أنظر) أي للجانبين . وفي بعض النسخ أنظر للجانبين جانب القرض والمستقرض ، أما جانب القرض فبالنسبة إلى قول أبي حنيفة لأن رد المثل إضرار به ، وأمــا في حق المستقرض فلانتقاض قيمته يوم الكساد ، وفي اعتبار قيمته يوم القبض إضرار به (وقول أبي يوسف أيسر) أي للمفتي وفي بعض النسخ أيسر للمفتي ، لأن يوم الكساد قيمته غير مضبوطة ، ويوم القبض مضبوطة فاعتبار المضبوط أيسر من اعتبار غير المضبوط . وقال الاترازي لأن قيمته يوم القبض معلومة للقرض وللمستقرض وسائر الناس وقيمتـــه يوم

قال ومن اشترى شيئاً بنصف درهم فلوس جاز وعليه ما يباع بنصف درهم من الفلوس ، وكذا إذا قال بدانق فلوس أو بقيراط فلوس جاز . وقال زفر « رح » لا يجوز في جميع ذلك لأنه اشترى بالفلوس ، وإنما تقدر بالعدد لا بالدانق ونصف الدرهم فلا بد من بيان عددها ، ونحن نقول ما يباع بالدانق ونصف الدرهم من الفلوس معلوم عند الناس ، والكلام فيه فأغنى عن بيان العدد .

الإنقطاع تشتبه على الناس ويختلفون فيها ، فكان قول أبي يوسف أيسر .

(قال) أي القدوري (ومن اشترى شيئاً بنصف درهم فلوس جاز) قيدبنصف درهم، لأنه لو قال بدرهم فلوس لا يجوز عند محمد على ما يجيء (وعليه) أي وعلى المشتري (ما يباع بنصف درهم من الفلوس) لأن ذلك النصف من الدراهم فلوس لا نقرة ، وذلك معلوم عند الناس وقت العقد فيجب عليه الوفاء بذلك (وكذا) أي وكذا الحكم (إذا قال بدانق فلوس أو بقيراط فلوس جاز) الدانق سدس الدرهم والقيراط ست حبات .

(وقال زفر لا يجوز في جميع ذلك ، لأنه اشترى بالفلوس وإنما تقدر بالعدد لا بالدانق ونصف الدرهم) فإذا لم يبين عدد الفلوس كان مجهولاً فلا يجوز ، وهو معنى قوله (فلا بد من بيان عددها) لنفي الجهالة (ونحن نقول ما يباع بالدانق ونصف الدرهم من الفلوس معلوم عند الناس والكلام فيه) أي فيما إذا كان معلوماً ، يعني فرض المسألة فيما إذا كان مايباع بنصف درهم من الفلوس معلوماً حين العقد، فكان مغنياً عن ذكر العدد. وقال الإمام الحلواني هذا إذا كان الدانق والقيراط معلوماً ، فإن عند الناس لا تختلف معاملتهم فيه ، فأما إذا كان مختلفاً فكما قاله زفر لمكان المنازعة . (فأغنى عن بيان العدد) يعني إذا كان معلوماً أغنى ذلك عن بيان العدد .

ولو قال بدرهم فلوس أو بدرهمين فلوس فكذلك عند أبي يوسف « رح » لأن ما يباع بالدرهم من الفلوس معلوم وهو المراد لا وزن الدرهم من الفلوس . وعن محمد « رح » أنه لا يجوز بالدرهم ويجوز فيما دون الدرهم لأن في العادة المبايعة بالفلوس فيما دون الدرهم فصار معلوماً بحكم العادة ولا كذلك الدرهم . قالوا وقول أبي يوسف « رح » أصح لا سيما في ديارنا . قال ومن أعطى صيرفياً درهماً وقال أعطني بنصفه فلوساً وبنصفه نصفاً إلا حبة جاز البيع في الفلوس وبطل فيما بقي عندهما ، لأن بيع نصف درهم بالفلوس جائز وبيع النصف بنصف إلا حبة ربا فلا

(ولو قال بدرهم فلوس أو بدرهمين فلوس فكذلك عند أبي يوسف) يجوز (لأن ما يباع بالدرهم من الفلوس معلوم وهو المراد) أي كونه معلوماً هو المراد (لا وزن الدرهم من الفلوس) أي ليس المراد علم وزن الدرهم من الفلوس (وعن محمد « رح » أنه لا يجوز بالدرهم) أي أن الشراء بدرهم فلوس أو بدرهمين لا يجوز (ويجوز فيما دون الدرهم ، لأن في العادة المبايعة بالفلوس فيما دون الدرهم ، فصار معلوماً بحكم العادة ولا كذلك الدرهم).

(قالوا) أي مشايخنا (وقول أبي يوسف أصح لا سيما) أي خصوصاً (في ديارنا) بما وراء النهر ، لأن ما يباع بالدرهم من الفلوس معلوم . وقال الأترازي قوله لا سيما في ديارنا هذا تركيب عجيب ، فينبغي أن يقال لا سيما كما قال امرؤ القيس : — ولا سيما يوم بدار جلجل .

(قال) أي القدوري (ومن أعطى صيرفياً درهماً وقال أعطني بنصفه فلوساً وبنصفه نصفاً إلا حبة جاز البيع في الفلوس وبطل فيما بقي عندهما) أي عند أبي يوسف ومحمد « رح » (لأن بيع نصف درهم بالفلوس جائز ، وبيع النصف بنصف إلا حبة ربا فلا

يجوز ، وعلى قياس قول أبي حنيفة بطل في الكل ،لأن الصفقة متحدة والفساد قوي فيشيع وقد مر نظيره . ولو كرر لفظ الإعطاء كان جوابه كجوابهما هو الصحيح ، لأنهما بيعان . ولو قال أعطني نصف درهم فلوساً ونصفاً إلا حبة جاز ، لأنه قابل الدرهم بما يباع من الفلوس بنصف درهم وبنصف درهم إلا حبة فتكون نصف درهم إلا حبة بمثله ، وما وراءه بإزاء الفلوس قال رضي الله عنه وفي أكثر نسخ المختصر ذكر المسألة الثانية

يجوز ، وعلى قياس قول أبي حنيفة بطل في الكل ، لأن الصفقة متحدة والفساد قوي) لأنه متمكن في صلب العقد ، ولأنه يجمع عليه لمعنى الربا (فيشيع وقد مر نظيره) أي في البيع ، وهو ما إذا جمع بين حر وعبد في البيع يبطل البيع عنده في الكل .

(ولو كرر لفظ الإعطاء) بأن قال أعطنى فلوساً وأعطني بنصفه نصفا إلا حبة (كان جوابه) أي جواب أبي حنيفة (كجوابهما هو الصحيح) أي كجواب أبي يوسف ومحمد « رح » في الأصح لتفرق الصفقة بتكرر لفظ الإعطاء وفساد أحد البيعين لا لا يوجب فساد الآخر ، وأشار إليه المصنف بقوله (لأنهما بيعان) يعني بتكرر لفظ الاعطاء .

(ولو قال أعطني نصف درهم فلوساً ونصفا إلا حبة جاز ، لأنه قابل الدرهم بما يباع من الفلوس بنصف درهم وبنصف درهم إلا حبة فيكون نصف درهم إلا حبة بمثله ، وما وراءه بإزاء الفلوس) وفي الأصل ولو شار فقال أعطني كذا كذا فلسا ودرهما صغيراً وزنه نصف درهم إلا قيراطا كان هذا جائز كله إذا تقابضا قبل أن يتفرقا .

(قال) أي المصنف رحمه الله (وفي أكثر نسخ المختصر) أي القدوري رحمه الله (ذكر المسألة الثانية) وهي قوله أعطني نصف درهم فلوس ونصفا إلا حبة جاز ، يعني

والله أعلم بالصواب .

لم يذكر في أكثر نسخ المختصر المسألة الأولى ، وهو قوله من أعطى الصيرفي درهماً وقال أعطني بنصفه فلوسا وبنصفه نصفا إلا حبة جاز البيع في الفلوس وبطل فيما بقي ، ولهذا قال في شرح الأقطع وهو غلط من الناسخ . وقال الكاكي إنما ذكر المصنف هذا يعني قوله نسخ المختصر دفعا لمؤاخذة ترد على صاحب القدوري رحمه الله ، فإنه ذكر في بعض النسخ المسألة وأجاب بالجواز مطلقا وليس كذلك بالاجماع ، أما عنده فظاهر لأنه يبطله في الكل . وأما عندهما يجوز في الفلوس ويبطل في الباقي ، فعلم أن الجواز ليس بمطلق في المسألة الأولى ، فذكر الجواب مطلقا في بعض النسخ محمول على خطأ من الكاتب ، والدليل عليه أن أكثر النسخ ذكر المسألة الثانية وأجاب بالجواز مطلقا (والله أعلم بالصواب) .



كتاب الكفالة

قال الكفالة هى الضم لغة ، قال الله تعالى ﴿ وكفلها زكريا ﴾ ٣٧ آل عمران ، ثم قيل هي ضم الذمة إلى الذمة في المطالبة وقيل في الدين

(كتاب الكفالة)

أي هذا كتاب في بيان أحكام الكفالة ، وإنما عقب البيوع بذكر الكفالة لأنها تكون في البياعات غالبا ، ولأن في الكفالة إذا كانت بأمر معنى المعاوضة انتهى ، فناسب ذكرها عقيب البيوع التي هي معاوضة .

(قال الكفالة هي الضم لغة) من كفلت به كفالة وكفلت عنه المال لغريمه ، والكفيل أيضا من وأكفلته المال أي ضمنته إياه ، وكفل هو به كفلا وكفولاً والتكفيل مثله ومكفل بذمته تكفلا ، واستشهد المصنف في قوله الكفالة الضم لغة بقوله (قال الله تعالى ﴿ وكفلها زكريا ﴾ ٣٧ آل عمران) وضمها إلى نفسه ، وقرىء بتشديد الفاء ونصب زكريا أي جعله كافلا لها وضامنا لمصالحها . وذكر الأخفش أنه قرىء أيضا وكفلها بكسر الفاء والضمير المنصوب في كفلها يرجع إلى مريم أم عيسى عليهما السلام وقصتها مشهورة .

(ثم قيل) قائله أكثر الأصحاب (هي) أي الكفالة في معناها الشرعي (ضم الذمة إلى الذمة في المطالبة) وبه قال الشافعي رحمه الله ومالك وأحمد إلا رواية عن أحمد أن الدين ينتقل في الكفالة عن الميت . ونقل الشيخ أبو حفص أن الدين يسقط عن الأصيل بالكفالة عند مالك والمشهور عنه خلاف ذلك (وقيل في الدين) أى الكفالة ضم الذمة إلى الذمة في أصل الدين ، وهو اختيار بعض المشايخ . وقال الاترازي وهو مذهب

والأول أصح . قال الكفالة ضربان كفالة بالنفس وكفالة بالمال . فالكفالة بالنفس جائزة والمضمون بها إحضار المكفول به ، وقال الشافعي « رح » لا يجوز لأنه كفل بما لا يقـــدر على تسليمه إذ لا قدره له على نفس المكفول به ، بخلاف الكفالة بالمال ، لأن له ولاية على مال نفسه .

الشافعي رحمه الله (والأول أصح) أي القول الأول الذى قاله أكثر الأصحاب هو الأصح، لأن الكفالة كما تصح بالمال تصح بالنفس ولا دين ثمة ، ولانه لو ثبت الدين في ذمة الكفيل ولم يبرأ الأصيل صار الدين ديونين وأورد ما إذا ذهب رب المدين دينه فإنه يصح ويرجع به الكفيل على الأصيل . ولو لم يصر الدين عليه لما ملك قبل الكفالة ، لأن تمليك الدين من غير من عليه الدين لا يجوز .

وأجيب بأن رب الدين لما وهب للكفيل صح فجعلنا الدين عليـــه حينئذ لضرورة تصحيح التصرف ، وجعلناه في حكم دينين . وأما قبل ذلك فلا ضرورة فلا يجعل في حكم دينين . وركن الكفالة الايجاب والقبول عنـد أبي حنيفة ومحمد والشافعي « رح » . وقال أبو يوسف آخراً والشافعي « رح » في قول ومالك وأحمد « رح » الكفالـــة تتم بالكفيل وحده وجد القبول أو لا .

(قال) أي القدوري رحمه الله (الكفالة ضربان ، كفالة بالنفس وكفالة بالمـــال فالكفالة بالنفس جائزة والمضمون بها إحضار المكفول به) وبه قال أحمد وعمر وعثمان وابن مسعود وابن عمر وحمزة بن عمر الاسلمي وجرير بن عبد الله وأبي بن كعب وعمران ابن الحصين والأشعث بن قيس رضي الله تعالى عنهم (وقال الشافعي لا يجوز) هـذا ليس بمشهور من مذهبه ، فإن الصحيح عنده كمذهبنا (لأنه كفل بما لا يقدر على تسليمه ، إذ لا قدرة له على نفس المكفول بـه ، بخلاف الكفالـة بالمال ، لأن له ولايـــة على مال نفسه) .

ولنا قوله عليه السلام الزعيم غارم وهـذا يفيد مشروعية الكفالة بنوعيها . ولأنه يقدر على تسليمه بطريقة بأن يعلم الطالب مكانه فيخلي بينه وبينه ، أو يستعين بأعوان القاضي في ذلك والحاجة ماسة إليه وقد أمكن تحقيق معنى الكفالة فيه وهو الضم في المطالبة .

قال وتنعقد إذا قال تكفلت بنفس فلان أو برقبته أو بروحه أو بجسده أو برأسه ، وكذا ببدنه وبوجهه ،

(ولنا قوله عليه السلام) أي قول النبي ﷺ (الزعيم غارم) هذا الحديث رواه أبو داود مطولاً عن أبي امامة قال سمعت رسول الله ﷺ يقول إن الله قد أعطى لكل ذي حق حقه ... الحديث وفي آخره والزعيم غارم ، ورواه ابن عباس عن النبي ﷺ قال الزعيم غارم ، أخرجه ابن عدي في الكامل ، ومعناه الكفيل غارم من غير فصل بين الكفالة بالمال والكفالة بالنفس ، وألفاظ المال و كفالة الكفالة أنا زعيم ، أنا ضامن بما عليه ، أو كفيل بذلك ، أو قبيل ، أو هو علي ، أو إلي ، أو هو عندي ، أو هو لك قبلي (وهذا) أي قوله عليه السلام الزعيم غارم (يفيد مشروعية الكفالة بنوعيها) أي بنوعي الكفالة وهما كفالة المال و كفالة النفس ، لأنه مطلق يشملهما . وفي بعض النسخ بنوعيه قال الاترازي الضمير راجع إلى الكفالة على تأويل عقد الكفالة .

(ولأنه) أي ولأن الكفيل جواب عن قياس الشافعي (يقدر على تسليمه) أي تسليم المكفول عنه (بطريقه بأن يعلم الطالب مكانه ويخلي بينه وبينه) أي بين المكفول له والمكفول عنه (أو يستعين) أي الكفيل (بأعوان القاضي) الأعوان جمع عون وهو الظهير على الآخر . والحاصل أن أعوان القاضي هم الرجال الذين في خدمته يساعدونه في مهات الأمور الشرعية (في ذلك والحاجة ماسة إليه) أي مهمة إلى عقد الكفالة بالنفس وهي ضرورة ، أما حقوق العباد لأنه ربما يغيب بنفسه فيتضرر صاحب الحق (وقد أمكن تحقيق معنى الكفالة فيه وهو الضم في المطالبة) أي في هذا النوع .

(قال) أي القدوري (وتنعقد) أي الكفالة (إذا قال تكفلت بنفس فلان أو برقبته أو بروحه أو بجسده أو برأسه) هذا كله كلام القدوري ، وقوله (و كذا ببدنه وبوجهه) من

لأن هذه الألفاظ يعبر بها عن البدن إما حقيقة أو عرفاً على ما مر في الطلاق . وكذا إذا قال بنصفه أو بثلثه أو بجزء منه ، لأن النفس الواحدة في حق الكفالة لا تتجزأ فكان ذكر بعضها شائعاً كذكر كلها . بخلاف ما إذا قال تكفلت بيد فلان أو برجله لأنه لا يعبر بها عن البدن حتى لا يصح إضافة الطلاق إليهما ، وفيما تقدم يصح .

كلام المصنف (لأن هذه الألفاظ يعبر بها عن البدن إما حقيقة) كقوله تكلفت بنفس فلان أو ببدنه أو بجسده (أو عرفاً) كقوله تكفلت بوجهه أو برأسه أو برقبته (على ما مر في الطلاق) انه قال نفسك طالق أو بدنك طالق أو جسدك طالق فإنها تطلق . وإذا قال يدك طالق أو رجلك طالق أو دبرك طالق لا يقع شيء (وكذا) أي وكذا تنعقد الكفالة (إذا قال وبنصفه أو بثلثه أو بجزء منه) أي قال تكفلت بجزء من فلان بأن قال تكفلت بيده أو رجله (لأن النفس الواحدة في حق الكفالة لا تتجزأ فكان ذكر بعضها) أي ذكر بعض النفس الواحدة حال كونه (شائعاً كذكر الكل [1]) كما في الطلاق ، لأن إضافة الكفالة إلى جزء شائع تثبت ، وترى إلى الجملة كما في الطلاق والعتاق .

(بخلاف ما إذا قال تكفلت بيد فلان أو برجله) حيث لا تصح الكفالة (لأنه لا يعبر بهما عن البدن حتى لا تصح إضافة الطلاق إليهما) أي إلى اليد والرجل فكانت إضافة الكفالة إليهما كإضافة الطلاق إليهما على ما مر (وفيما تقدم) أي في الجزء الشائع كالنصف (يصح) إضافة الكفالة إليه كما تصح إضافة الطلاق . وقال الشافعي تجوز الكفالة بما يعبر به عن البدن وجزء شائع أو بجزء لا يمكن فصله عنه كالقلب والكبد ، وبه قال أحمد في رواية . وقال مالك يصح لكل عضو من بدنه حتى لو قال بوجهه أو بعينه فهو كفالة بالنفس وبه قال الشافعي في وجه وأحمد ، وعندهم لو كفل بعينه لم يذكره محمد . وعن أبي بكر البلخي لا يصح كما في الطلاق ، ولو بريء البدن يصح ، كذا في المحيط .

---

(١) كلها - هامش .

وكذا إذا قال ضمنته لأنه تصريح بموجبه ، أو قال هو علي لأنه صيغة الالتزام ، أو قال إلي لأنه في معنى علي في هـــذا المقام قال عليه السلام ومن ترك مــــالاً فلورثته ، ومن ترك كلا أو عيالاً فإلي ، وكذا إذا قال أنا زعيم به أو قبيل ، لأن الزعامة هي الكفالة وقد روينا فيه ،

(وكذا) أي وكذا تنعقد الكفالة (إذا قال ضمنته لأنـــه تصريح بموجبه) أي بموجب عقد الكفالة ، لأنه يصير ضامناً للتسليم والعقد ينعقد بالتصريح بموجبه كالبيع ينعقد بلفظ التمليك (أو قال هو علي لأنه صيغة الإلتزام) لانـــه من ألفاظ الوجوب ، فأفاد الضمان فصحت الكفالة (أو قال إلي لأنه في معنى علي في هذا المقام) فكأنه قال ضمانه بوجه إلي (قال عليه السلام) أي قال النبي ﷺ (من ترك مالاً فلورثته ، ومن ترك كلاً أو عيالاً فإلي) هذا الحديث رواه أبو داود والنسائي وابن ماجة عن المقدام بن معـــد يكرب قال قال رسول الله ﷺ من ترك كلا فإلي ومن ترك مالاً فلورثته وأنا وارث من لا وارث له ... الحديث ، رواه ابن حبان في صحيحه ، وفي لفظ لأبي داود قال « رض » أنا أولى بكل مؤمن من نفسه ، فمن ترك ديناً وضيعة فإلي .

وأخرج البخاري ومسلم من حديث أبي حازم عن أبي هريرة عن النبي ﷺ أنه قال من ترك مالاً فلورثته ، ومن ترك كلاً فإلينا والكل بفتح الكاف وتشديد اللام اليتم هنـــا بدليل عطف العيال عليه ، وإن كان الكل يجيء بمعنى العيال والجمع الكلول والعيال من يعوله أي يمونه وينفق عليه .

(وكذا) أي وكذا تنعقد الكفالة بقوله (أنا زعيم بـــه) أي بفلان ، وليس في بعض النسخ لفظ به وزعيم من زعم به ، أي كفل بـــه يزعم زعامة (أو قبيل) أي أو قال أنا قبيل بفلان فهو بمعنى كفيل من قولهم قبل به ،أي كفل به بفتح العين في الماضي وكسرها في المضارع قبالة (لان الزعامة هي الكفالة) يعني معناهما واحد (وقـــد روينا فيه) أي روينا الحديث ، وقوله عليه السلام الزعيم غارم ، وفي بعض النسخ روينا

والقبيل هو الكفيل ، ولهذا سمى الصك قبالة ، بخلاف ما إذا قال أنا ضامن لمعرفته لأنه التزم المعرفة دون المطالبة .

الحديث ، وقوله فيه أي في معنى أن الزعامة هي الكفالة والحميل أيضاً بمعنى الكفيل ، يقال حمل به يحمل حمالة بفتح العين في الماضي و كسرها في المضارع ، أى كفل به وروى الزمخشرى في الفائق الحميل غارم .

(والقبيل هو الكفيل ، ولهذا سمي الصك قبالة ، بخلاف ما إذا قال أنا ضامن لمعرفته) يعني لا يكون كفيلا بهذا اللفظ (لأنه التزم المعرفة دون المطالبة) أى لأن الرجل الذى قال هذا اللفظ التزم لمن يطلب الكفيل معرفة الرجل الذى عليه الدين وما التزم مطالبته الدين . وفي الاصل لو قال أنا ضامن لمعرفة فلان أو ضامن ، لان أدلك عليه ، أو لان أدل على منزله لا يكون كفالة . ولو قال أنا ضامن تعريفه أو على تعريفه ففيه اختلاف المشايخ ، كذا نقل في خلاصة الفتاوى عن شرح الشافي .

وقال الفقيه أبو الليث روى عن علي بن أحمد عن نصير قال سئل ابن محمد بن الحسن أبا سليمان الجوز جاني عن رجل قال لآخر أنا ضامن لمعرفة فلان ، أما في قول أبي حنيفة وأبيك لا يلزمه شيء ، وأما أبو يوسف قال هذا على معاملة الناس وعرفهم ، ثم قال الفقيه أبو الليث في النوازل هذا القول عن أبي يوسف غير مشهور ، والظاهر ما روى عن أبي حنيفة ومحمد . وقال في خزانة الواقعات وبه يفتى أى بظاهر الرواية . وقال في الفتاوى الصغرى — اسنائي فلان برمن — قال الفقيه أبوجعفر يكون كفيلا . وقال أبو الليث لا وعليه الفتوى . ثم نقل في الفتاوي الصغرى عن الواقعات أن الفتوى على أنه يصير كفيلا ، ثم قال فيها إذا قال فلان — اسناي من است — أو قال — اثنا ست — صارت كفالة بالنفس عرفاً . ولو قال — آن جه ترا بر فلان است من جواب كويم — فهو كفالة بحكم العرف . ولو قال — ان جه ترا بر فلان است من بدهم — لا يكون كفالة بحكم العرف من وعد لغيره أن يقضي دينه بأن قال — بدهم — لا يجب ، ونقله عن مأذون شيخ الإسلام خواهر زاده رحمه الله .

قال فإن شرط في الكفالة بالنفس تسليم المكفول به في وقت بعينه لزمه إحضاره إذا طالبه في ذلك الوقت وفاء بما التزمه . فإن أحضره وإلا حبسه الحاكم لامتناعه عن إيفـــاء حق مستحق عليه ، ولكن لا يحبسه أول مرة ولعله ما دري لماذا يدعى . فلو غاب المكفول بنفسه أمهله الحاكم مدة ذهابه ومجيئه

(فإن شرط في الكفالة بالنفس تسليم المكفول به في وقت بعينه لزمه احضاره إذا طالبه به في ذلك الوقت وفاء بما التزمه) أي لأجل وفاء مـــا التزمه في الوقت المعين ، والأصل فيه أن الكفالة بالنفس نوع ضمان فيصح التأجيل فيها كالكفالة بالمال ، فإذا حل الأجل يجب الاحضار (فإن أحضره) فلا كلام فيه (وإلا) أي وإن لم يحضره بأن امتنع عن إحضاره (حبسه الحاكم لامتناعه عن إيفاء حق مستحق عليه) لأن يصير ظالماً والحبس جزاؤه (ولكن لا يحبسه أول مرة) لأن الحبس عقوبة على الظالم ولا يظهر في أول الوهلة (فلعله ما دري لماذا يدعى) على صيغة المجهول .

(ولو غاب المكفول بنفسه) أي المدعى عليه (أمهله الحاكم مدة ذهابـه ومجيئه) هذا إذا علم مكان المكفول به ، أما إذا علم سقطت المطالبة عن الكفيل للحال لعجزه . وفي الذخيرة ولو كان الكفيل يعرف مكانه أمهله قدر ذهابه ومجيئه ، فإن لم يعلم سقطت المطالبة . ولو وقع الاختلاف فقال الطالب تعرف مكانه . وقال الكفيل لا أعرف فإن كان له خرجة معروفة تخرج إلى موضع معلوم للتجارة في كل وقت فالقول للطالب ويؤمر الكفيل بالذهاب اليه ، لأن الظاهر شاهد له ، وإن لم يكن ذلك معروفاً منـــه فالقول للكفيل ، لأنه متمسك بالاصل وهو الجهل ومنكر لزوم المطالبة فإن أقام الطالب البينة أنه في موضع كذا يؤمر الكفيل بالذهاب إليه . وقال الكاكي وفي بعض النسخ وكذا إذا ارتد ولحق بدار الحرب ، وهذه المسألة ليست في بعض النسخ الى قوله وإذا أحضره وسلمه ، ثم معنى قوله وكذا إذا ارتد ولحق بدار الحرب يعني يمهله الحاكم مدة ذهابه إلى دار الحرب ومجيئه ، وينبغي أن يبرأ الكفيل كما في الموت ، لان إلحاق المرتـــد موت

فإن مضت ولم يحضره يحبسه لتحقق امتناعه عن إيفاء الحق. قـــال
وكذا إذا ارتد والعياذ بالله ولحق بدار الحرب، وهذا لأنه عاجز
في المدة فينظر كالذي أعسر، ولو سلمه قبل ذلك برىء، لأن الأجل
حقه فيملك اسقاطه كما في الدين المؤجل[1]. قال وإذا أحضره
وسلمه في مكان يقدر المكفول له أن يخاصمه فيه، مثل أن يكون
في مصر برىء الكفيل من الكفالة، لأنه أتى بمـــا التزمه وحصل
المقصود به، وهذا لأنه ما التزم التسليم إلا مرة. وإذا كفل على أن
يسلمه في مجلس القاضي فسلمه في السوق برىء لحصول المقصود. وقيل
في زماننا لا يبرأ، لأن الظاهر المعاونة على الامتناع لا على الإحضار،
فكان التقييد مفيداً.

حكمي. والفرق أن اللحاق موت حكمي في قسمة ماله بين ورثته دون الحقوق الثابتة في ذمته (فإن مضت المدة ولم يحضره يحبسه لتحقق امتناعه عن إيفـاء الحق) مع إمكانه وبيان مطله.

(قال) أي القدوري (وكذا إذا أحضره وسلمه في مكان يقدر المكفول له أن يخاصمه فيه مثل أن يكون في مصر برىء الكفيل من الكفالة، لانه أتى بما التزمه وحصل المقصود به، وهذا) يعني ما ذكرنا من إتيانه بما التزمه (لان ما التزم التسليم إلا مرة) فحصل التسليم (وإذا كفل على أن يسلمه في مجلس القاضي فسلمه في السوق برىء لحصول المقصود) وهو القدرة على المحاكمة (وقيل في زماننا لا يبرأ، لان الظاهر المعاونة على الامتناع لا على الإحضار، فكان التقييد مفيداً) وقالت الائمة الثلاثة إذا عين مكاناً وفي تسليمه في

---

(١) من أول قوله قال وكـذا إذا ارتد .. حتى هنـا غـــير مشروح في الأصل. اهـ مصححه.

وإن سلمه في برية لم يبرأ لأنه لا يقدر على المخاصمة فيها فلم يحصل المقصود ، وكذا إذا سلمه في السواد لعدم قاض يفصل الحكم فيه . ولو سلم في مصر آخر غير المصر الذي كفل فيه برىء عند أبي حنيفة « رح » للقدرة على المخاصمة فيه ، وعندهما لا يبرأ لأنه قد يكون شهوده فيما عينه . ولو سلمه في السجن وقد حبسه غير الطالب لا يبرأ ، لأنه لا يقدر على المخاصمة فيه .

غيره ضرر يتعين ذلك المكان . وفي الشامل شرط على الكفيل أن يسلمه في المسجدالاعظم فسلمه في السوق برىء ، لان المصر كبقعة واحدة ، ثم قال فيه عن أبي يوسف أنه لا يبرأ، لان الناس لا يعينونه للاحضار . ثم قال ويجب أن يكون الفتوى على هذا اليوم .

(وإن سلمه في برية لم يبرأ لأنه لا يقدر على المخاصمة فيها فلم يحصل المقصود ، وكذا إذا سلمه في السواد لعدم قاض يفصل الحكم فيه) قال الجوهري سواد الكوفة والبصرة قرى ، والمفهوم من كلام المصنف أن السواد هي القرى التي ليس فيها قضاة ، وأما إذا كان فيها قضاة ينبغي أن يبرأ القدرة على المخاصمة .

(ولو سلم في مصر آخر غير المصر الذي كفل فيه برىء عند أبي حنيفة للقدرة على المخاصمة فيه) لأن المحاكمة يتحقق عنه كل قاض ، فصار التسليم في البلدين سواء (وعندهما لا يبرأ) وبه قالت الأئمة الثلاثة (لأنه قد يكون شهوده فيما عينه) فيتعسر عليه إقامة البينة في بلد آخر . فقيل هذا اختلاف عصر وزمان لا اختلاف حجة وبرهان . فأبو حنيفة « رح » في القرن الثالث والغلبة لأهل الصلاح والقضاة لا يرغبون في الميل إلى الرشوة وتغير الحال في زمانهما فظهر الفساد والميل إلى الرشوة وعامل كل مصر لا ينقاد لأمر الخليفة فيفيد التقييد .

(ولو سلمه في السجن وقد حبسه غير الطالب) أي والحال أن القاضي قد حبسه لأجل غير الطالب (لا يبرأ ، لأنه لا يقدر على المخاصمة فيه) وعند مالك يبرأ ، وعند أحمد إن كان في سجن القاضي الذي يرجع الحكم إليه يبرأ وإلا فلا .

قال وإذا مات المكفول به برىء الكفيل بالنفس من الكفالة لأنه عجز عن إحضاره ، ولأنه سقط الحضور عن الأصيل فيسقط الاحضار عن الكفيل . وكذا إذا مات الكفيل لأنه لم يبق قادراً على تسليم المكفول بنفسه وماله لا تصح لإيفاء هـذا الواجب بخلاف الكفيل بالمال .

(قال) أي القدوري (وإذا مات المكفول به) وهو المدعى عليه (برىء الكفيل بالنفس من الكفالة) وبه قال الشافعي في وجه وأحمد . وقال في أصح الوجهين يطالب بإحضار الميت ما لم يدفن إذا أراد المكفول إقامة الشهادة على مورثه كما لو تكفل ابتداء ببدن الميت ، وعلل المصنف ما ذهب إليه أصحابنا بوجهين ، الأول هو قوله (لأنه عجز عن إحضاره) أي إحضار المكفول به وهو المدعى عليه . والثاني هو قوله (ولأنه سقط الحضور عن الأصيل فيسقط الإحضار عن الكفيل) لأن الكفيل الأصيل من الحق المضمون يوجب براءة الكفيل (وكذا) أي وكذا تسقط الكفالة (إذا مات الكفيل لأنه لم يبق قادراً على تسليم المكفول) إلا بإحضار النفس وقد سقط الحضور عن الأصيل ، فكذا عن الكفيل ، لأن براءة المكفول (بنفسه وماله) أي ومال الكفيل (لا يصلح لإيفاء هـذا الواجب) وهو الإحضار وتسليم المكفول به .

حاصله أنه لا يؤدي ما على المكفول به من تركة الكفيل ، لأنه ما التزم بأداء المال ، وإنما التزم بتسليم النفس والمال لا يصلح وفاء لهذا الواجب ، به قـال أحمد والشعبي وشريح وحماد بن أبي سليمان والشافعي في أصح الوجهين . وقال مالك والليث يلزمه مـا عليه وبه قال ابن شريح من أصحاب الشافعي .

(بخلاف الكفيل بالمال) إذا مات حيث يؤدي المال من تركته إذ المقصود هنا إيفاء حق المكفول له في الحال والمال والكفيل صالح له فلا تبطل الكفالة فتؤخذ من تركتـه ويرجع ورثته على المكفول عنه إذا كانت الكفالة بأمره كما في حال الحياة . ولو كان الدين مؤجلاً ومات الكفيل قبل الأجل يؤخذ من تركته حالاً ، ولكن ورثتـه ترجع

ولو مات المكفول له فللوصي أن يطالب الكفيل وإن لم يكن فلوارثه لقيامه مقام الميت . قال ومن كفل بنفس آخر ولم يقل إذا دفعت إليك فأنا بريء فدفعه إليه فهو بريء ، لأنه موجب التصرف فيثبت بدون التنصيص عليه ..ولا يشترط قبول الطالب التسليم كما في قضاء الدين .

على الذي عليه الأصل بعد حلول الأجل ، لأنه باق في حق الأصيل لبقاء حاجته . أما الكفيل فقد استغنى عن الأجل بالموت ، كذا في المبسوط ، وبقولنا قال الشافعي وأحمد. وعن زفر أن للورثة مطالبته حالاً لأنه أدخله في ذلك مع علمه أنه يحل بموته . قلنا أنه دين مؤجل فلا يجوز قبل الأجل .

(ولو مات المكفول له فللوصي أن يطالب الكفيل) لقيامه مقام المكفول له (وإن لم يكن) أي للوصي (فلوارثه) المطالبة (لقيامه) أي لقيام الوارث (مقام الميت) ويجوز أن يكون الضمير في لقيامه راجعاً إلى كل واحد من الوصي والوارث لأن كلا منهما يقوم مقام الميت .

(قال) أي قال محمد في الجامع الصغير (ومن كفل بنفس آخر) بالإضافة (ولم يقل) أي والحال أنه لم يقل (إذا دفعت إليك فأنا بريء فدفعه إليه فهو بريء ، لأنه) أي لأن دفع المكفول به إلى الطالب ، كذا قاله الكاكي . وقال الأكمل لأنه يعني البراءة وذكره لتذكير الخبر وهو الموجب (موجب التصرف فيثبت) أي الموجب (بدون التنصيص عليه) كثبوت الملك بالشراء وإن لم يصرح به وكحل الاستمتاع يثبت بمجرد النكاح الصحيح فإنه موجبه ، وكذا في سائر الموجبات (ولا يشترط قبول الطالب التسليم كما في قضاء الدين) إذا سلمه كالغاصب إذا رد المغصوب على المالك والبائع إذا سلم المبيع إلى المشتري ، وبه قال مالك وأحمد . وقال الشافعي رحمه الله لزمه القبول . ولو امتنع من القبول قال بعض أصحابه يرفع الأمر إلى القاضي ويسلمه حتى يبرأ فإن لم يجدها كما أحضر شاهدين ليشهدوا على امتناعه ، وبه قال بعض أصحاب أحمد رحمه الله .

ولو سلم المكفول بـه نفسه من كفالته صح لانه مطالب بالخصومة فكان له ولاية الدفع . وكذا إذا سلمه إليه وكيل الكفيل أو رسوله لقيامهما مقامه . قال فإن تكفل بنفسه على انه إن لم يواف به إلى وقت كذا فهو ضامن لما عليه وهو ألف فلم يحضره إلى ذلك الوقت لزمه ضمان المال ، لان الكفالة بالمال معلقة بشرط عدم الموافاة ، وهذا التعليق صحيح .

(ولو سلم المكفول به نفسه من كفالته صح) هذه من مسائل المبسوط ذكرها تفريعاً على ما تقدم (لأنه) أي لأن المكفول به (مطالب بالخصومة) أي بخصومة المدعي أو مرض من الكفيل قال شيخنا (فكان له ولايـــة الدفع) أي دفع الخصومة . وفي بعض النسخ لأنه مطالب بالخصومة . وقال الأترازي مطالب صح بفتح اللام سماعاً . قلت وكذا قال شيخنا العلاء بفتح اللام (وكذا) أي وكذا صح (إذا سلمه إليه) إذا سلم الكفيل إلى المكفول له (وكيل الكفيل أو رسوله) أي أو أسلمه إليـــه رسول الكفيل (لقيامهما)) أي لقيام وكيل الكفيل ورسوله (مقامه) أي مقام الكفيل .

(قال) أي القدوري (فإن تكفل بنفسه على أنه إن لم يواف به) أي إن لم يأت به وهو من الموافاة ، وهو فاعلة من الوفاء (إلى وقت كذا فهو ضامن لما عليه وهو ألف) وقال الكاكي والتقييد بما عليه مقيد لأنه إذا لم يقل لما عليه لا يلزمه شيء عند عـــدم الموافاة خلافاً لأبي حنيفة وأبي يوسف . وعند محمد « رح » لا تصح الكفالة ، وسيجيء بعد هذا إن شاء الله تعالى وقال الكاكي أيضاً والتقييد بقوله وهو ألف غير مفيد ، لأنه إذا قال ما عليه ولم يسم كم هو جاز ، لأن جهالة المكفول به لا تمنع صحتها لأنها مبنية على التوسع كضمان الدرك وضمان الشجة ، فإنه يصح مع انه مجهول لا يعلم أنهـــا تسري إلى النفس أم لا (فلم يحضره) أي الألف (إلى ذلك الوقت لزمه ضمان المـال ، لأن الكفالة بالمال معلقة بشرط عدم الموافاة ، وهذا التعليق صحيح) لأنه متعارف بين الناس وإن كان القياس يأباه ، كما لو اشترى نعلاً على أن يحذوه البائع .

فإذا وجـــد الشرط لزمـه المـال لا يبرأ عن الكفالة بالنفس ، لأن وجوب المـال عليه بالكفالة لا ينـــافي الكفالة بنفسه ، إذ كل واحد منهما للتوثيق . وقال الشافعي لا تصح هـــذه الكفالة لانه تعليق سبب وجوب المال بالخطر فأشبه البيع . ولنا أنه يشبه البيع و يشبه النذر من حيث أنه التزام فقلنا لا يصح تعليقه بمطلق الشرط كهبوب الريح ونحوه ويصح بشرط متعارف

(فإذا وجد الشرط لزم المال ولا يبرأ عن الكفالة بالنفس ، لأن وجوب المال عليه بالكفالة لا ينافي الكفالة بنفسه إذ كل واحد منهما) أي لأن كل واحـــد من الكفالتين شرع (للتوثيق) فيجوز أن يدعي عليه ديناً آخر .

(وقـــال الشافعي لا يجوز) ذكر في المبسوط موضع الشافعي « رح » ابن أبي ليلى (هذه الكفالة) إنما قيد بقوله هذه الكفالة الاحتراز عن سائر الكفالات بالمال بدون النفس بالشرط لا للإحتراز عن الكفالة بالمال فإن عنده كلتاهما باطلتان ، كـــذا ذكره قاضي خان والمرغيناني ، وقال الكاكي على قوله المنصوص بصحة الكفالة بالنص وتبطل الكفالة بالمال فقط ويفهم ذلك من كتبهم ، وتعليل الكتاب أيضاً يدل عليه (لأنه) أي لأن هذا التعليق . وفي بعض النسخ هذه الكفالة لأنها (تعليق سبب وجوب المال بالخطر) أراد بالسبب الكفالة بالمال لأنها سبب وجوب المال ، فيكون تعليقها بالشرط تعليق سبب وجوب المال فلا يصح ، لأن المال لا يحتمل التعليق بالخطر لإفضائه إلى معنى القمار (فأشبه البيــع) أي تعليق البيـع بالمال وصار كما إذا قال إن دخلت الدار فـــأنا كفيل بمالك على فلان .

(ولنا أنه) أي أن عقد الكفالة (يشبه البيـع) أي انتهاء من حيث أن الكفيل يرجع على الأصيل إذا كان بأمره (ويشبه النذر من حيث أنــه التزام) يعني التزام شيء غير لازم ، فعملنا بالشبهين (فقلنا لا يصح تعليقه بمطلق الشرط) عملاً يشبه البيـع (كهبوب الريح ونحوه) أراد به دخول الدار ومجيء المطر (ويصح بشرط متعارف) عملاً يشبـه

عملاً بالشبهين والتعليق بعدم الموافاة متعارف . ومن كفل بنفس رجل وقال إن لم يواف به غداً فعليه المال ، فإن مات المكفول عنه ضمن المال لتحقق الشرط ، وهو عدم الموافاة . قال ومن ادعى على آخر مائة دينار بينها أو لم يبينها حتى تكفل بنفسه رجل على أنه إن لم يواف بـــه

النـذر (عملاً بالشبهين ، والتعليق بعـــدم الموافـاة متعارف) وبدخول الدار غير متعارف .

(ومن كفل بنفس رجل وقال إن لم يواف به غداً فعليه المال ، فإن مـات المكفول عنه ضمن المال لتحقق الشرط وهو عدم الموافاة) لأنه علق الكفالة بالمال بشرط عـــدم الموافاة بالمكفول به وقد تحقق الشرط فيوجب المال . فإن قيل هذه المسألة عين الأولى غير أن في الأولى لم يذكر موت المكفول به وها هنا ذكره وبه لا يقع الفرق ، إذ لزوم المال بموته وعدم موته لا يتفاوت. قلنا بل بينهما فرق ، وهو أنه لم يذكر في بعض نسخ الجامع لفظ الغد في هذه المسألة ، فكان تعليق الكفالة بالمال بعدم الموافاة مطلقاً وهناك مقيـــد ، فكان بينهما فرق ، إذ المطلق غير المقيد . وقال الأترازي والفرق بين هذه المسألة ومسألة القدوري الذي تقدمت أن في هذه لم يذكر لفظ الغد في أكثر نسخ الجامع الصغير ، ولهذا لم يذكره فخر الإسلام والصدر الشهيد وقاضي خان ، وإنما ذكر بعضهم فكانت مسألة القدوري مقيدة بوقت وهذه مطلقة عنه ، فحصل الفرق .

والوجه الثاني من الفرق أن المكفول به هنا مات قبل الغد وفي مسألة القـدوري هو حي ، ولكن الكفيل لم يواف به في ذلك الوقت فذكر مسألة الجامع الصغير إزاحة لوهم بعض الناس انه ربما يكون فرق بين عدم الموافاة وهو حي وعدم الموافاة وهو ميت فقال لا فرق بينهما ، بل يجب المال إذا وجد الشرط وهو عدم الموافاة في الوقت .

(ومن ادعى على آخر مائة دينار بينهـا) أي بين صفة مائة دينار أنها جيـــدة أو رديئة أو خليفة أو ركنية (أو لم يبينها حتى تكفل بنفسه رجل على أنه إن لم يواف به

غداً فعليه المائة ، فإن لم يواف به غداً فعليه المائة عند أبي حنيفة وأبي يوسف « رح » . وقال محمد « رح » إن لم يبينها حتى تكفل به رجل ثم ادعى بعد ذلك لم يلتفت إلى دعواه ، لأنه علق مالاً مطلقاً بخطر ألا يرى أنه لم ينسبه إلى ما عليه ولا تصح الكفالة على هذا الوجه وإن بينها ولأنه لم تصح الدعوى من غير بيان فلم يجب إحضار النفس وإذا لم يجب لا تصح الكفالة بالنفس فلا تصح بالمال لأنه بناء عليه ، بخلاف ما إذا بين . ولهما أن المال ذكر معرفاً فينصرف إلى

غداً فعليه المائة فإنفلم يواف به غداً فعليه المائة عند أبي حنيفة وأبي يوسف «رح») وبه قال أحمد (وقال محمد إن لم يبينها حتى تكفل به رجل ثم ادعى بعد ذلك لم يلتفت إلى دعواه) أي إلى دعوى الطالب وبه قال الشافعي (لأنه) أي لأن الكفيل (علق مالاً مطلقاً) أراد بإطلاقه عدم نسبة المائة إلى المال المدعى به حيث لم يقل تكفلت بمالك عليه (بخطر) أي بتردد وهو شرط عدم الموافاة (ألا يرى) توضيح لما قبله (أنه لم ينسبه إلى ما عليه) حيث لم يقل التي لك على فلان (ولا تصح الكفالة على هذا الوجه وإن بينها) أي لا تصح الكفالة على وجه تعليق المال مطلقاً بخطر وإن بين صفة المائة من الجودة والرداءة والوسط وذلك لاحتمال أن يلتزم المائة على وجه الرشوة للمدعي حتى يترك المدعى عليه في الحال ، هكذا ذكر الماتريدي .

(ولأنه لم تصح الدعوى) هذا وجه آخر منسوب إلى الشيخ الإمام أبي الحسن الكرخي (من غير بيان فلم يجب إحضار النفس) إلى مجلس القاضي لفساد الدعوى بجهالة المدعى به (وإذا لم يجب لا تصح الكفالة بالنفس فلا تصح بالمال لأنه بناء عليه) أي لأن عقد الكفالة بالمال بناء على عقد الكفالة بالنفس ، وهذا يوجب أن تصح الكفالة بالنفس إذا بين المال وهو معنى قوله (بخلاف ما إذا بين) أي المال حيث تصح الكفالة بالنفس.

(ولهما) أي ولأبي حنيفة وأبي يوسف « رح » (أن المال ذكر معرفاً فينصرف إلى

ما عليه والعادة جرت بالإجمال في الدعاوى فتصح الدعاوى على اعتبار البيان ، فإذا بين التحق البيان بأصل الدعوى فتبين صحة الكفالة الأولى فيترتب عليها الثانية . قال ولا يجوز الكفالة بالنفس في الحدود والقصاص عند أبي حنيفة « رح » معناه لا يجبر عليها عنده

ما عليه) يعني أن المال في قول الكفيل ذكر معرفاً حيث قال إن لم يواف به غداً فعليه المال فينصرف إلى ما على الأصيل لأنه هو المعهود (والعادة جرت بالإجمال في الدعاوى) أي العادة جرت بين الناس أنهم يجملون الدعوى أولاً في غير مجلس القاضي ويبينوه عند القاضي دفعاً لحيل الخصوم وصرفاً لكلامهم إلى وقت الحاجة ، فإذا كان كذلك (فتصح الدعوى على اعتبار البيان) من جهته (فإذا بين التحق البيان بأصل الدعوى) يعني إلى إبتداء الدعوى ، فإذا كان كذلك (فتبين صحة الكفالة الأولى) وهي الكفالة بالنفس (فيترتب عليها الثانية) أي الكفالة الثانية وهي الكفالة بالمال ويكون القول له في هذا البيان ، لأنه يدعي صحة الكفالة والكفيل يدعي الفساد .

(قال) أي القدوري (ولا يجوز الكفالة بالنفس في الحدود والقصاص عند أبي حنيفة « رح ») إلى هنا لفظ القدوري ، وقوله (معناه لا يجبر عليها عنده) من كلام المصنف ، أي معنى قول القدوري لا تجوز الكفالة بالنفس لا يجبر من عليه الحدأوالقصاص على الكفالة حاصل الكلام من توجه عليه الحد أو القصاص إذا طلب منه كفيل بنفسه بأن يحضره في مجلس القضاء لاثبات ما يدعيه المدعى عليه فامتنع عن إعطائه لا يجبر عليه عند أبي حنيفة ، وعلى هذا يكون معنى قوله ولا تجوز الكفالة لا يجوز إجبار الكفالة بحذف المضاف وإسناد الجواز إلى الكفالة مجازاً .

وقال فخر الإسلام في شرح الجامع الصغير معنى قول محمد لا كفالة فيالحدودوالقصاص أن القاضي لا يفعل ذلك ، لأن فيه احتيالاً للاثبات والشرع أمر بالدرء وهو خلافه ، ثم قال فخر الإسلام وهذا قول أبي حنيفة « رح » وذكرالشيخ الإمام علاء الدين

الاسبيجابي في أول باب الكفالة من شرح مختصر الكافي ان الكفالة بنفس من عليه حد القذف وحد السرقة ومن عليه القصاص في النفس وما دون النفس يصح ، وإنما الخلاف في الجبر على إعطاء الكفيل في الحدود لا يجبر بالإجماع ، وفي القصاص لا يجبر عند أبي حنيفة « رح » وعند صاحبيه يجبر . وفي الشامل وفي القصاص وحد القذف والسرقة جازت الكفالة بالنفس ولا تجوز الكفالة بنفس الحد وفيه أيضاً لا تجوز كفالة في قصاص واحد ويقول القاضي لمدعي القذف ألزمه إلى قيامى إن كانت بينتك حاضرة عند أبي حنيفة .

وعندهما يأخذ كفيلا ثلاثة أيام ثم قال والخلاف في أمر القاضي بإعطائه لا في الصحة ، فإنه لو كفل انسان صح وذكر الكرخي أن الكفالة بالنفس في الحدود والقصاص جائزة في قولهم جميعاً إذ بدلهما المطلوب بنفسه ولكن هل للقاضي أن يأمره بالكفيل إذا طلب الخصم . قال أبو حنيفة « رح » لا يأخذ القاضي منه كفيلا ولكن يحبسه حتى تقام عليه البينة أو تستوفى كذا ذكر صاحب التحفة ثم لا يحبسه القاضي في الحدود والقصاص حتى يشهدشاهدان مستوران أو شاهد عدل يعرفهالقاضيفيشهد أنه زناأو قتل فيحبسه القاضى حينئذ لثبوت التهمة بأحد شطري الشهادة من العدد والعدالة حتى يشهد عليه الشهود العدولوقدصح أن رسول الله ﷺ حبس رجلا بالتهمة ، بخلاف الأموال حيث لا يحبس فيها بشهادة الواحد

وفي شرح الأقطع فإن قيل فقد قال أبو حنيفة يحبس والتوثق بالحبس أعظم من التوثق بالكفيل قيل له ليس الحبس للتوثق ، وإنما هو للتهمة والحبس بها واجب ، ونقل الناطفي في أجناسه عن نوادر ابن رستم في التعزير لا يحبس حتى يسأل عن عدالة الشهود وتقبل فيه الشهادة على شهادة النساء مع الرجال ،ويجوز فيه العفو وتصح فيه الكفالة وهو حق الآدمي . وفي نوادر أبي يوسف رواية ابن سماعة في الذي يجمع الخمر ويشربه ويترك الصلاة أحبسه وادبه ثم أخرجه ومن يتهم بالقتل والسرقة وضرب الناس فإني أحبسه وأخلده في السجن إلى أن يتوب ، لأن شر هذا على الناس وشر الأول على نفسه وبقول

وقالا يجبر في حد القذف لأن فيه حق العبد وفي القصاص لأنــــه خالص حق العبد ، بخلاف الحدود الخالصة لله تعالى . ولأبي حنيفة « رح » قوله عليه السلام لا كفالة في حد

أبي حنيفة في هذا الباب قال أحمد والشافعي في قول وقول أكثر أهل العلم .

(وقالا يجبر في حد القذف) أي قال أبو يوسف ومحمد يجبر المدعى عليه في حدالقذف على الكفالة ، وبه قال الشافعي في قول . وعن مالك مثله (لأن فيه) أي في حد القذف (حق العبد) ولهذا يشترط الدعوى فيه ، وإن كان الغالب حق الله تعالى والمدعي يحتاج إلى أن يجمع بين الشهود وبين المطلوب والمطلوب قد يخفى نفسه فيحتاج إلى أن يأخذ منه كفيلا وألحق الإمام المحبوبي حد السرقة بحـــد القذف في الجبر بالكفالة على قولهما ، وفي الجواز بغير الجبر على قول أبي حنيفة لأنه من الحدود التي يتعلق بها حق العباد .

وقال المرغيناني ليس نفس الجبر هنا الحبس لكن يأمره بالملازمة وليس تفسير الملازمة المنع من الذهاب لكن يذهب الطالب مع المطلوب فيدور معه أينما دار كيلا يغيب ، فإذا انتهى إلى باب الدار وأراد الدخول ليستأذنه الطالب في الدخول فإن أذن له في الدخول يدخل معه وليكن حيث يسكن وإن لم يأذن يحبسه في باب داره ويمنعه من الدخول.

(وفي القصاص) أي يجبر في القصاص أيضاً (لأنه خالص حق العبد) فيجري الجبر في أخذ الكفيل كما في سائر حقوقه . وقال الأترازي وفيه نظر لأن القصاص ممـا اجتمع فيه الحقان حق الله تعالى من حيث إخلاء العالم عن الفساد ، وحق العبد من حيث يشفي الصدور ، ولكن حق العبد فيه غالب لصحة الإعتياض والعفو (بخلاف الحدود الخالصة لله تعالى) أراد بها حد الزنا وشرب الخمر ، يعني لا يجوز الكفالة فيها بالإتفاق .

(ولأبي حنيفة قوله عليه السلام) أي قول النبي ﷺ (لا كفالة في حد) قال الأكمل قيل هذا من كلام شريح لا من كلام النبي ﷺ ذكره الخصاف في أدب القاضي عن شريح . وقال الصدر الشهيد في أدب القاضي روي هذا الحديث مرفوعاً إلى رسول الله ﷺ وكذا قاله الأترازي بعينه ، ثم قال في آخره ولنا في رفعه نظر . قلت هذا أخرجه البيهقي في

من غير فصل ولأن مبنى الكل على الدرء فلا يجب فيها الاستيثاق بخلاف سائر الحقوق لأنها تندرىء بالشبهات فيليق بها الاستيثاق كما في التعزيز فلو سمحت نفسه بـــه يصح بالإجماع ، لأنه امكن ترتيب موجبه عليه ،

سننه عن بقية عن عمر بن أبي عمر الكلاعي عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله ﷺ قال لا كفالة في حد . وقال تعزر به عمر بن أبي عمر الكلاعي وهو من مشايخ بقية المجهولين ورواياته منكرة ، انتهى . ورواه ابن عــدي في الكامل عن عمر الكلاعي فاعله به وقال انه مجهول لا أعلم انه روي عنه غير بقية كمـــا يروى عن سائر المجهولين وأحاديثه منكرة غير محفوظة (من غير فصل) يعني لم يفرق بين حد فيه حق العبد وبين حد هو خالص حق الله تعالى فلا تجوز الكفالة في جميع الحدود .

(ولأن مبنى الكل على الدرء) أي على الرفع (فلا يجب فيـــه الاستيثاق) يعني بالتكفل ، فإذا لم يكفل عنده ماذا يصنع به . قال في جامع البرهاني يلازمــه إلى وقت قيام القاضي عن المجلس ، فإن أحضر البينة فيها وإلا خلى سبيله ، هذا إذا لم يكن شاهداً عدلاً أو شاهدين غير مستورين ، فإن أقام يحبس لا للتكفيل بل للتهمـة (بخلاف سائر الحقوق) حيث يجب فيه الإستيثاق بالتكفيل (لأنها تندرىء بالشبهات فيليق بهـــا الاستيثاق كما في التعزير) أي يحبس المطلوب على إعطاء الكفيل فيما يجب فيه التعزير لأنه محض حق العبد ويثبت مع الشبهات وبالشهادة على الشهادة ويحلف فيـــه فيجبر فيه كالأموال .

(ولو سمحت نفسه به) أي نفس المدعى عليه بإعطاء الكفيل للطالب من غير جبر عليه يعني لو تبرع بإعطاء الكفيل وسامح في ذلك نفس المطلوب وبدل الكفيل بنفسه في القصاص وحد القذف والسرقة (يصح) أي الكفالة (بالإجماع) وفي الجنازية هــذا في حد للعباد وفيه حق كحد القذف ، أما في حد ليس للعبد فيه حق لا يجوز الكفالة وإن سمحت به نفسه . وقال أحمد والشافعي لعدم المطالبة فيه (لأنـه أمكن ترتيب موجبه

لأن تسليم النفس فيها واجب فيطالب بـــه الكفيـل فيتحقق الضم . قال ولا يحبس فيها حتى يشهد شاهدان مستوران أو شاهد عـدل يعرفه القاضي لأن الحبس للتهمة ها هنا والتهمة تثبت بأحد شطري الشهادة ، أمـا العـدد أو العدالة بخلاف الحبس في باب الأموال لأنـــه

عليه) موجبه التزام المطالبة . وقال تاج الشريعة أي موجب عقد الكفالة وهو ضم الذمة في المطالبة والضمير فيه يرجع إلى التكفيل وفي عليه إلى التكفيل (لأن تسليم النفس فيها) أي في الحدود ويروى فيها بضمير التثنية أي في حد القذف والقصاص (واجب به الكفيل فيتحقق الضم) وهو ضم الذمة إلى الذمة في المطالبة .

(قال) أي قال محمد في الجامع الصغير وليس في كثير من النسخ لفظ قـــال (ولا يحبس فيها) أي في الحدود ، وفي بعض النسخ فيهما أي في حد القذف والقصاص (حتى يشهد شاهدان مستوران أو شاهد عدل يعرفه القاضي) أي يعرفه كونه عدلاً قيد بـــه لأنه لو كان مجهولاً لا يحبسه (لأن الحبس للتهمة ها هنا) التهمة بضم التاء وفتح الهاء ، ويجوز بالإسكان أيضاً . وقال ابن الأثير التهمة فعلة من الوهم ، والتاء بدل من الواو وقد تفتح الهاء والتهمة أي ظننت فيه ما نسب إليه من وهمة الشيء أهمه وهماً من باب ضرب أي وقع في خلدي والوهم مايقع في القلب من الخاطر ، ومعنى الحبس للتهمة تهمة الفساد وهنا لا للاحتياط وشهادة المستورين تصلح لاثبات الحكم فيصلح لاثبات التهمة وخبر الواحـد حجة في الديانات والمعاملات فثبت بشهادة العدل التهمة وإن لم تثبت أصل الحق والحبس لتهمة الفساد مشروع لما روى بهز بن حكيم عن أبيه عن جده عن رسول الله ﷺ أنـه حبس رجلا بالتهمة .

(والتهمة تثبت بأحد شطري الشهادة إما العدد أو العدالة) العدد اثنان ، والعدالة في الواحد وقد مر أن الحبس للتهمة من باب دفع الفساد وهو من الديانات فيثبت بأحد شطريها (بخلاف الحبس في باب الأموال) حيث لا يحبس فيه بشهادة الواحد (لأنه) أي لأن

أقصى عقوبة فيه فلا يثبت إلا بحجة كاملة . وذكر في أدب القاضي أن على قولهما لا يحبس في الحدود والقصاص بشهادة الواحد لحصول الاستيثاق بالكفالة . قال والرهن والكفالة جائزان في الخراج لأنه دين مطالب به ممكن الاستيفاء فيمكن ترتيب موجب العقد عليه فيهما .

الحبس (أقصى عقوبة فيه) أي في باب الأموال (فلا يثبت إلا بحجة كاملة) فلا يجوز أن يعاقب به قبل ثبوت الحدود والقصاص به ، أما في الحدود والقصاص والتعزير أقصى العقوبة القتل ، إذ الضرب والحبس نوع عقوبة ، فجاز أن يعاقب به قبل ثبوت الحد والقصاص (وذكر في أدب القاضي) ذكر على صيغة المجهول (ان على قولهما)أي على قول أبي يوسف ومحمد « رح » (لا يحبس في الحدود والقصاص بشهادة الواحد لحصول الاستيثاق بالكفالة) يعني إن عندهما لما كانت الكفالة ثابتة في الحدود والقصاص لم تقع الحاجة إلى الحبس ، لأن الاستيثاق يحصل بالكفالة . وعند أبي حنيفة « رح » لا كفالة فيها جبراً فيحبس كي يشهد عليه الشهود المدول .

(قال) أي قال محمد في الجامع الصغير (والرهن والكفالة جائزان في الخراج لأنه) أي لأن الخراج (دين مطالب به) ألا ترى أنه يحبس به ويلازم لأجله ومنع وجوب الزكاة فيجوز الكفالة والرهن به كسائر الديون ، كذا في الفوائد .

فإن قيل يشكل على هذا الزكاة فإنه دين مطالب من جهة العباد في الأموال الظاهرة الإمام . وفي الباطنة نائبه وهو المالك كما مر في الزكاة ، ولا يجوز الكفالة بدين الزكاة . قلنا قال التمرتاشي إنما لا يصح لأن الزكاة ليست بدين بل هو تمليك المال ، ولهذا لا يؤخذ من تركته عندنا بخلاف الخراج ، فإنه يؤخذ من تركته .

(ممكن الاستيفاء) راجع إلى الرهن ، لأن الرهن توثيق لجانب الإستيفاء فهذا من باب اللف والنشر الغير مرتب ، لأن قوله دين يطالب به يرجع إلى الكفالة (فيمكن ترتيب موجب العقد عليه فيهما) المراد بالعقد الكفالة والرهن وموجب الكفالة كونها

قال ومن أخذ من رجل كفيلاً بنفسه ثم ذهب وأخذ منه كفيلاً آخر فهما كفيلان ، لأن موجبه التزام المطالبة وهي متعددة ، والمقصود التوثق ، وبالثانية يزداد التوثق فلا يتنافيان . وأما الكفالة بالمـــال

مشروعة لتحمل المطالبة ، وموجب الرهن كونه مشروعـاً بمضمون يمكن استيفاؤه من الرهن ، والضمير في عليه يرجع إلى الخراج ، وفي فيهما يرجع إلى الرهن والكفالة .

(قال) أي محمد في الجامع الصغير (ومن أخذ من رجل كفيلا بنفسه ثم ذهب وأخذ منه كفيلا آخر فهما كفيلان) أي ذهب الطالب وأخذ من المطلوب وهو المديون كفيلا آخر (فهما) أي الأول والثـــاني كفيلان (لأن موجبه) أي موجب الكفالة (إلتزام المطالبة وهي متعددة) ألا ترى أنهما لو كفلا جميعاً بنفسه معاً جاز ، فكذا إذا كفلا على التعاقب ثم أسلم أحدهما نفس الأصيل إلى الطالب بريء هو دون الآخر وليس هذا كالدين ، فإنه لو قضى أحد الكفيلين لدين واحد الدين يبرآن وفي التفاريق والكفلاء الثلاثة في العقد الواحد أيهم أسلم الأصيل كتسليمهم . وفي الشافعي ثلاثة كفلوا بألف طالب كل واحـد بثلث الألف ، وإن كفلوا على التعاقب يطالب كل واحد بالألف كذا ذكره شمس الأئمـة والمرغيناني والتمرتاشي ، ومذهب الشافعي لا يتأتى هنـا ، لأن الكفالة بالنفس عنده لا يصح ، كذا قاله الأترازي وفي قول ابن أبي ليلى يرى الكفيل الأول (والمقصود) من عقد الكفالة (التوثيق وبالثانية) أي وبالكفالة الثانيـــة (يزداد التوثق فلا يتنافيان) أي الكفالتان .

فإن قيل لما أخذ الطالب والمطلوب وأخذ منه كفيلاً فقد صار مستوفياً للنفس حين صارت في يده فلم لا يبرأ الكفيل الأول بمنزلة الكفيل بالدين إذا أخـــذ الطالب من المطلوب الدين بريء الكفيل ، قيل له لأن الطالب إذا أخذ الدين لم يبق له حق ، وها هنا حقه باق وتسليم النفس اليه يحتاج إليه في كل وقت حتى يستخرج حقه ، انتهى . قلت نفس السؤال دليل ابن أبي ليلى على قولـــه بريء الكفيل الأول ، والجواب جواب عنه فافهم .

(وأما الكفالة بالمال) لما قسم المصنف الكفالة على قسمين كفالـــة بالنفس و كفالة

فجائزة معلوماً كان المكفول به أو مجهولاً إذا كان ديناً صحيحاً مثل أن يقول تكفلت عنه بألف أو بما لك عليه أو بما يدركك في هذا البيـــع ، لأن مبنى الكفالة على التوسع فيحتمل فيها الجهالة ، وعلى الكفالة بالدرك إجماع

بالمال وبين الأول فشرع في بيان الثاني بقوله (فجائزة) وهو جواب أما ، وهذا الإختلاف فيه إذا كان المال معلوماً ، وأما إذا كان المال مجهولاً فكذلك جائز عندنا ، وهو معنى قوله (معلوماً كان المكفول به أو مجهولاً) وقـــال الشافعي لا يجوز إذا كان مجهولاً ، وصورة المعلوم مثل قوله تكفلت عنه بألف ، وصورة المجهول مثل قوله تكفلت عنـــه بمالك عليه . والآن بينه المصنف رحمه الله ولكن فيه شرط عندنا ، أشار إليه بقوله (إذا كان ديناً صحيحاً) احترز به عن بدل الكتابة ويجيء الآن أيضاً (مثل أن يقول تكفلت عنه بألف) هذا صورة المعلوم (أو بما لك عليه) أي أو قال تكفلت عنه بما لك عليه ، وهذا هو صورة المجهول (أو بما يدركك في هذا البيع) أي أو يقول تكفلت عنه بما يدركك من العوارض في هذا البيع (لأن مبنى الكفالة على التوسع) لأنهـــا تبرع ابتداء فلا يمنع صحتها الجهالة المستدركة اليسيرة (فيحتمل فيها) أي في الكفالة (الجهالة) أي جهالة المكفول به ، وبقولنا قال مالك وأحمد والشافعي في القديم . وقال في الجديد لا يصح ضمان المجهول وهو قول الليث والثوري وابن أبي ليلى وابن المنذر قالوا لأنه التزام ، قال فلم يصح مجهولاً كالثمن في البيع . ولنا قوله تعالى ﴿ ولمن جاء به حمل بعير وأنا بـــه زعيم ﴾ ٧٢ يوسف ، لأن حمل البعير يختلف باختلاف البعير ، وعموم قوله ﷺ الزعيم غارم .

(وعلى الكفالة بالدرك إجماع) إجماع مبتدأ وخبره هو قوله مقدماً على الكفالـــة بالدرك ، وأراد بـــه زيادة الإيضاح على صحة الكفالة بجهالة المكفول به فإنه يصح بالاجماع . وفي الأقطع ونص الشافعي على جواز ضمان الدرك ، وهو عبارة عن ضمان الاستحقاق وهو مجهول ، وهو أن يقول للمشتري أنا ضامن للثمن إن استحق المبيع أحد

وكفى به حجة وصار كما إذا كفل لشجة صحت الكفالة وإن احتملت السراية أو الإقتصار وشرط أن يكون ديناً صحيحاً ، ومراده أن لا يكون بدل الكتابة وسيأتيك في موضعه إن شاء الله تعالى . قال والمكفول له بالخيار إن شاء طالب الذي عليه الأصل ، وإن شاء طالب كفيله لأن الكفالة ضم الذمة إلى الذمه في المطالبة ، وذلك يقتضي قيام الأول لا البراءة عنه

والدرك بتحريك الراء وتسكينها التبعة ، يقال ما لحقك من درك فعلى خلاصه . فإن قيل هذا ضمان مال مجهول فلا يصح كما لو قال ضمنت لك بعض مالك على فلان فقيل له هذا يصح عندنا والخيار فيه إلى الضامن يبين أي مقدار شاء (وكفى به) أي بالاجماع (حجة) والاجماع من أقوى الحجج (وصار) أي حكم هذا المذكور (كما إذا كفل لشجة) أي خطأ (صحت الكفالة) مع أن فيها جهالة .

(وإن احتمل السراية) إلى النفس (أو الاقتصار) عليـــه بدون السراية بخلاف الكفالة بشجة عمداً لان فيها القصاص ولا تصح الكفالـــة بالقصاص (وشرط) أي القدوري (أن يكون) المكفول به (ديناً صحيحاً) وذلك في قوله وأما الكفالة بالمال فجائزة معلوماً كان المكفول به أو مجهولاً إذا كان ديناً صحيحاً ، وهذا لفظ القدوري في مختصره (ومراده) أي مراد القدوري من قوله إذا كان ديناً صحيحاً (أن لا يكون بدل الكتابة) لأن الكفالة ببدل الكتابة لا تصح ، لأنه ليس بدين صحيح ، لأن الدين الصحيح لا يسقط إلا بالاداء أو الابراء فيسقط بدل الكتابة بدونهما بتعجيز النفس (وسيأتيك من بعد إن شاء الله تعالى في موضعه) في كتاب المكاتب .

(قال) أي القدوري (والمكفول له بالخيار إن شاء طالب الذي عليه الاصل) أي الدين (وإن شاء طالب كفيله ، لان الكفالة ضم الذمة إلى الذمـــة في المطالبة وذلك يقتضي قيام الاول) أي الذمة الاولى (لا البراءة عنه) أي لا يستدعي البراءة عنها خلافاً

إلا إذا شرط فيـــه البراءة فحينئذ تنعقد حوالة اعتباراً للمعاني
كما أن الحوالة بشرط أن لا يبرأ بها المحيل يكون كفالة . ولو
طالب أحدهما له أن يطالـــب الآخر وله أن يطاليهما ، لأن مقتضاه
الضم ، بخلاف المالك إذا اختار تضمين أحد الغاصبين ، لأن
اختياره أحدهما يتضمن التمليك منه فلا يمكنه التمليك من الثاني ،
أما المطالبة بالكفالة

لما يقول ابن أبي ليلى إن الكفالة توجب براءة الاصيل . وقال الكاكي قوله وإن شـــاء طالب الكفيل . قوله أكثر العلماء وعن مالك في رواية عنه أنه لا يطالب الكفيل إلا إذا تعذر المطالبة عن الاصيل (إلا إذا شرط فيه البراءة) أي إلا إذا شرط في عقد الكفالة براءة الاصيل (فحينئذ تنعقد) أي الكفالة (حوالة اعتباراً للمعنى) وهو أنـــه أتى بخاصية الحوالة ، فإن نوى على ما في الكفيل يرجع على الاصيل عندنا خلافـاً للشافعي والثوري بأحد الأمور الثلاثة ، وسيجيء بيانه في كتاب الحوالة إن شاء الله تعالى .

(كما أن الحوالة بشرط أن لا يبرأ بهـــا) أي بالكفالة (المحيل يكون كفالة ، ولو طالب أحدهما) أي ولو طالب المكفول له أحد الإثنين وهما الكفيل والأصيل (له أن يطالب الآخر) لأن مطالبة أحدهمـــا لا تسقط مطالبة الآخر (وله أن يطالبهما) أي الكفيل والأصيل جميعاً (لأن مقتضاه) أي مقتضى عقـــد الكفالة (الضم) أي ضم الذمة إلى الذمة .

(بخلاف المالك) أي مالك الشيء الذي غصب منـــه غاصب وغصب من الغاصب غاصب آخر (إذا اختار تضمين أحد الغاصبين) وهما الغاصب وغاصب الغاصب فليس له أن يضمن الآخر بعد ذلك (لأن اختياره) أي اختيار المالك تضمين (أحدهما) أي أحد الغاصبين (يتضمن التمليك منه) أي من الذي اختار تضمينه يعني إذا قضى القاضي بذلك ، كذا في المبسوط (فلا يمكنه التمليك من الثاني) أي من الغاصب الثاني ، لأنه من المحال أن يملك العين الواحدة جميعاً لاثنين في زمان واحد (أمـــا المطالبة بالكفالة

لا يتضمن التمليك فوضح الفرق . قال ويجوز تعليق الكفالة بالشروط مثل أن يقول ما بايعت فلاناً فعلي وما ذاب لك عليه فعلي ، أو ما غصبك فعلي والأصل فيه قوله تعالى ﴿ ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم ﴾ ٧٢ يوسف . والإجماع منعقد على صحة ضمان الدرك . ثم الاصل أنه يصح تعليقها بشرط ملائم لها مثل أن يكون شرطاً لوجوب الحق كقوله إذا استحق المبيع

فلا يتضمن التمليك) ما لم يوجد الاستيفاء حقيقة فلا يمنع مطالبة أحدهما مطالبة الآخر (فوضح الفرق) بين المسألتين .

(قال) أي القدوري (ويجوز تعليق الكفالة بالشروط مثل أن يقول ما بايعت فلاناً فعلي) قيد بقوله فلاناً ليصير المكفول له معلوماً ، إذ جهالته تمنع صحة الكفالة ، حتى لو قال ما بايعت من الناس فأنا لذلك ضامن لا يجوز لجهالة المكفول عنه والمكفول به فتفاحشت الجهالة ، بخلاف الأول ، لأن الجهالة فيه يسيرة متحملة ، كـذا في الإيضاح (وما ذاب لك) أي أو بقوله ما ذاب لك ، أي ما وجب وثبت لك (عليه) أي على فلان فهو (فعلي) ولفظ ذاب مستعار من ذوب الشحم ، كذا في المغرب (وما غصبك) أي أو تقول ما غصبك فلان أي ما غصب منك (فعلي) أي فهو علي ، والياء مشددة في لفظة علي في ثلاث مواضع (والأصل فيه) أي في باب تعليق الكفالة بالشروط الملائمة (قوله تعالى ﴿ ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم ﴾ ٧٢ يوسف) فإنه يدل على أن جهالـة المكفول به لا تمنع صحة الكفالة ، إذ حمل البعير مجهول وقد مر بيانه ، والأصل فيه أن شرائع من قبلنا تلزمنا ما لم ينص الله تعالى على إنكاره (والإجماع منعقد على صحة ضمان الدرك) أي الاجماع انعقد على صحة ضمان الدرك ، وقد مر الكلام فيه عن قريب .

(ثم الأصل) في هذا الباب (أنه يصح تعليقها) أي تعليق عقـد الكفالة (بشرط ملائم لها) لمقتضى العقد (مثل أن يكون شرطاً لوجوب الحق مثل أن يقول إذا استحق

أو لامكان الاستيفاء مثل قوله إذا قدم زيد وهو مكفول عنه أو لتعذر الاستيفاء مثل قوله إذا غاب عن البلدة وما ذكر من الشروط في معنى ما ذكرناه ، فأما لا يصح التعليق بمجرد الشرط كقوله إن هبت الريح أو جاء المطر ، وكذا إذا جعل واحداً منهما آجلاً إلا أنه يصح الكفالة ويجب المال حالاً ، لأن الكفالة لما صح تعليقها بالشرط لا تبطل بالشروط الفاسدة

المبيع) فأنا ضامن لذلك (أو لإمكان الاستيفاء مثل قوله اذا قدم زيد وهو مكفول عنه أو لتعذر الاستيفاء مثل قوله إذا غاب عن البلدة) أى إذا غاب المكفول عنه عن البلدة فأنا ضامن لك بما عليه (وما ذكر من الشروط) أى في أصل المسألة مثل ما بايعت وما ذاب ما غصب (في معنى ما ذكرناه) أى بمعنى الأصل الذى ذكرناه وهو ان كل شرط ملائم لعقد الكفالة يصح تعليقها به .

(فأما لا يصح تعليقها بمجرد الشرط) يعني غير ملائم (كقوله إن هبت الريح) فأنا كفيل لك بما عليه(أو جاء المطر)أي إن جاء المطر فأنا كفيل (وكذا) أي وكذا لا يصح (إذا جعل واحداً منهما آجلا) يعني إذا جعل هبوب الريح أو مجيء المطر آجلا لكفالة يبطل الأجل (إلا انه تصح الكفالة ويجب المال حالاً ، لان الكفالة لما صح تعليقها بالشروط لا تبطل بالشروط الفاسدة) .

وقال الكاكي قوله إلا أن تصح الكفالة إلى آخره ، إعلم أن في هذا اللفظ نوع اشتباه ، لانه إن أراد بقوله لما يصح تعليقها بالشرط لا تبطل بالشروط الفاسدة ابتداء تعليق الكفالة بالشرط ، فإن هناك لا يصير كفيلا أصلا ، ذكره في المبسوط ، وإن أراد بهذا اللفظ تأجيل الكفالة إلى هذه الشروط الفاسدة فهذا تأجيل ، والتأجيل غير التعليق ذكره في فتاوى قاضي خان ، فكيف يصح تعليله بقوله لما صح تعليقها بالشرط لا تبطل بالشروط الفاسدة ، إلا ان أراد بالتعليق التأجيل بجامع أن في كل منهما عدم ثبوت

الحكم في الحال ، فحينئذ يصح ، وقلد المصنف في هذا الاستعمال لفظ المبسوط ، فإنه ذكرها هكذا وذكر التعليق وأراد التأجيل .

وقال الاكمل هنا وفي كلامه نظر من أوجه . الاول : أن قوله لا يصح التعليق يقتضي نفي جواز التعليق لا نفي جواز الكفالة ، مع أن الكفالة لا تجوز . الثاني : أن قوله وكذا إذا جعل معطوفاً على قوله فأما لا يصح فيكون تقديره وكذا لا يصح إذا جعل ولا يخلو إما أن يكون فاعل يصح هو التعليق أو الكفالة ، إذ لم يذكر المصنف ثالثاً ، والاول لا يجوز إذ لا معنى لقوله وكذا لا يصح التعليق إذ جعل كل واحد منهما آجلا ، والثاني كذلك لقوله بعده إلا أنه تصح الكفالة للثالث أن الدليل لا يطابق المدلول ان المدلول بطلان الاجل مع صحة الكفالة والدليل صحة تعليقها بالشرط وعدم بطلانها بالشروط الفاسدة ، ومع ذلك فليس بمستقيم ، لانها تبطل بالشرط المحض وهو أول المسألة .

ويمكن أن يجاب عن الاول بأن حاصل الكلام ينفي جواز الكفالة المعلقة بهما ، والمجموع ينتفي بانتفاء جزئه لا يقال نفي الكفالة المؤجلة كنفي المعلقة ، ولا تنتفي الكفالة بانتفاء الأجل ، لأن الإيجاب المعلق نوع إذ التعليق يخرج العلة عن العلية كما عرف في موضعه ، والأجل عارض بعد العقد فلا يلزم من انتفائه انتفاء معروضه . وعن الثاني بأن فاعل يصح المقدر وهو الأجل ، وتقديره وكما لا يصح الأجل إذا جعل كل واحد منهما أجلا . وعن الثالث بأن المراد بالتعليق بالشرط الأجل مجازاً بقرينة قوله ويجب المال حالاً ، وتقديره لأن الكفالة لما صح تأجيلها بأجل متعارف لم تبطل بالأجل الفاسدة كالطلاق والعتاق ، ويجوز المجاز وعدم الثبوت في الحال في كل واحد منهما .

(كالعتاق والطلاق) أي كما أن الشرط المجهول في الطلاق والعتاق يبطل ويصح الطلاق والعتاق بأن قال اعتقت عبدي ، أو قال طلقت امرأتي إلى قدوم الحاج أو الحصاد أو القطاف (فإن قال تكفلت عنه بمالك عليه) أي فإن قال شخص لآخر تكفلت عنه بمالك عليه من المال (فقامت البينة بألف عليه ضمنه الكفيل) أي ضمن

لان الثابت بالبينة كالثابت معاينة فيتحقق ما عليه فيصح الضمان به. وإن لم تقم البينة فالقول قول الكفيل مع يمينه في مقدار ما يعترف به ، لانه منكر للزيادة ، فإن اعترف المكفول عنـــه بأكثر من ذلك لم يصدق على كفيله ، لأنه إقرار على الغير ولا ولاية له عليه ويصدق في حق نفسه لولايته عليها .

الألف الكفيل (لأن الثابت بالبينة كالثابت معاينة فيتحقق ما عليه) أي ما على الكفيل (فصح الضمان به) فصار كأنه ضمن بالألف الذي عليه فلزمه ذلك (وإن لم تقم البينة فالقول قول الكفيل مع يمينه في مقدار ما يعترف به) لأنه مال مجهول لزمه بقوله فالقول قوله كما لو أقر بشيء مجهول (لأنه منكر للزيادة) فالقول قول المنكر مع يمينه كالمدعى عليه بالمال (فإن اعترف المكفول عنه بأكثر من ذلك) أي مما يعترف بـــه الكفيل (لم يصدق على كفيله ، لأنه اقرار على الغير ولا ولاية له عليـــه ويصدق في حق نفسه لولايته عليها) أي على نفسه .

والحاصل أن إقرار المكفول عنـــه تضمين شيئين ، أحدهما على نفسه ، والآخر على الكفيل فيصدق في إقراره على نفسه ، لأن له ولاية على نفسه ولا يصدق على الكفيل لعدم ولايته عليه . وفي الشامل ما ذاب لك على فلان فهو علي أو ثبت أو ما قضى عليه فأقر المطلوب يلزم الكفيل إلا قوله ما قضى عليـــه لم يلزمه إلا أن يقضي القاضي . ولو إن المطلوب اليمين فألزمه القاضي لم يلزمه الكفيل لأن النكول ليس بإقرار بل بدل . وقال الكاكي قوله ولا ولاية له عليه .

فإن قيل يشكل هذا بما يكفل بما ذاب له على فلان ثم بعد ذلك قال الطالب هو ألفان وقال المطلوب ألف ، وقال الكفيل لا شيء لك عليه فيلزم هناك على الكفيل ألف التي أقر بها الطالب مع أنه لاولاية له على الكفيل، ذكره في المبسوط قلنا هذا إيجاب المال على الكفيل بكفالته لا بقول المطلوب لأنه لما قيد الكفالة بالذوب مع علمه أن الذوب قـــد يحصل عليه بإقراره وقد صار ملتزماً ذلك لكفالته ، وهذا استحسان . وفي القياس لا

قال وتجوز الكفالة بأمر المكفول عنه وبغير أمره لإطلاق ما روينا ، ولانه التزام المطالبة وهو تصرف في حق نفسه وفيه نفع الطالب ولا ضرر فيه على المطلوب بثبوت الرجوع إذ هو عند أمره وقد رضي به ، فإن كفل بأمره رجع بما أدى عليه ،

يجب على الكفيل شيء كما في مسألتنا لإنكاره الوجوب على المطلوب ، كذا في المبسوط .

(قال) أي القدوري (وتجوز الكفالة بأمر المكفول عنه وبغير أمره لإطلاق ما روينا) وهو قوله عليه السلام الزعيم غارم (ولأنه التزام المطالبة وهو تصرف في حق نفسه وفيه نفع الطالب ولا ضرر فيه على المطلوب بثبوت الرجوع إذ هو) أي الرجوع (عند أمره) أي أمر المطلوب (وقد رضي به) أي رضي المكفول عنه بالرجوع عليه ، هذا جواب لإشكال يقال لم قلتم إن في الكفالة نفعاً للمكفول عنه ، ولا ضرر عليه . ورجوع الكفيل عليه بما أدى ضرر فقال لا نسلم أنه ضرر مع وجود الرضى بالرجوع (فإن تكفل عنه بأمره رجع بما أدى عليه) أي رجع بما أدى للمكفول له على المكفول عنه بالإجماع . وفي النهاية ليس على إطلاقه ، بل مقيد بما إذا كان الأمر وهو المطلوب ممن يجوز إقراره على نفسه بالديون ويملك المتبرع ، حتى لو كان المطلوب صبياً محجوراً وأمر رجلا بأن يكفل عنه فالكفالة صحيحة ، ولكن لو أدى الكفيل ما أمره به لا يرجع على الصبي الآمر ، وكذا الحكم في العبد المحجور ، ذكره في التحفة .

وفي أحكام الصغار للاستروشني لو كان الصبي مأذوناً له صح أمره ويرجع الكفيل بما أدى عليه بصحة أمره بالاذن . وفي شرح الأقطع وهذا الذي ذكره المصنف إنما يصح إذا قال إضمن عني لفلان كذا ، فان قال له إضمن الألف التي لفلان علي لم يرجع عليه عند الأداء ، لأن قوله إضمن يحتمل أن يكون على وجه التبرع وأن يكون غيره فلا يجوز إيجاب الضمان إلا بلفظ يختص به ، فاذا قال إضمن عني دل على الضمان فلزمه ولا يلزم غيره بالشك ، ولكن هذا الذي ذكره مذهب أبي حنيفة ومحمد « رح » خلافاً لأبي يوسف .

لانه قضى دينه بأمره . وإن كفل بغير أمره لم يرجع بما أدى معناه إذا أدى ما ضمنه ، أما إذا أدى خلافه رجع بما ضمن ، لانه ملك الدين بالاداء فنزل منزلة الطالب كما إذا ملكه بالهبة أو بالإرث، وكما إذا ملكه المحتال عليه بما ذكرنا في الحوالة بخلاف المأمور بقضاء الدين حيث يرجع بما أدى لانه لم يجب عليه شيء حتى يملك الدين

(لأنه قضى دينه بأمره) أي لأن المأمور قضى دين الآمر بأمره فيرجع عليه (وإن كفل عنه بغير أمره لم يرجع) بما يؤديه لأنه متبرع بأدائه ،وبه قال الشافعي وأحمد «رح» في رواية . وقال مالك وأحمد في رواية يرجع كما لو كفل بأمره ، وقوله رجع (بما أدى معناه) أي قول القدوري يرجع بما أدى معناه (إذا أدى ما ضمنه ، أما إذا أدى خلافه رجع بما ضمن) لا بما أدى ، حتى لو كفل بالجياد وأدى الزيوف ويجوز للطالب أن يرجع على المطلوب بالجياد . ولو كفل بالزيوف وأدى بالجياد رجع بالزيوف (لأنه) أي لأن الكفيل (ملك الدين بالأداء فنزل منزلة الطالب كما إذا ملكه بالهبة) يعني ملك إذن الكفيل المكفول به بأن يهب المكفول له الكفيل يرجع الكفيل على المكفول عنه بالمكفول .

فان قيل هبة الدين من غير من عليه الدين إنما لا يجوز إذا لم يأذنه بقبضه ، وأما إذا أذنه بقبضه يجوز استحساناً ، وها هنا لما أدى الدين فقد سلطه الطالب على قبضه من المطلوب فيصح هبة أو يجعل ذلك نقل الدين إليه فيقضى الهبة فتصير هبة لمن عليه الدين (أو بالارث) بأن مات المكفول له فورثه الكفيل يرجع على المكفول عنه بالمكفول به كما لو ملك ذلك بالأداء .

(وكما إذا ملكه المحتال عليه) يعني إذا أحال المديون غريمه على رجل ليس للمديون على رجل دين فتقبل الحوالة فأدى يرجع المحتال عليه على المحيل بما ضمن لا بما أدى ، لأنه ملك الدين بالأداء كالكفيل (بما ذكرنا في الحوالة) أي في حوالة كفاية المنتهى (بخلاف المأمور بقضاء الدين حيث يرجع بما أدى لأنه لم يجب عليه شيء حتى يملك الدين

بالاداء ، بخلاف ما إذا صالح الكفيل الطالب عن الالـــف على خمسمائة ، لانه اسقاط فصار كما إذا أبرأ الكفيل . قال وليس للكفيل أن يطالب المكفول عنه بالمال قبل أن يؤدي عنه ، لانه لا يملكه قبل الاداء . بخلاف الوكيل بالشراء حيث يرجع قبل الاداء لانه

بالاداء) هذا جواب كفل تقديره الكفيل لا يرجع إلا إذا أدى بأمر المكفول عنـه ، وحينئذ لا فرق بينه وبين المأمور بقضاء الدين والمأمور يرجع بما أدى ، فكذلك الكفيل ، وتوجيهه أن يقال المأمور بقضاء الدين لم يجب له على الآمر شيء ، حيث لم يلزم بالكفالة فلا يملك الدين بالأداء حتى ينزل منزلة الطالب فيرجع بما ضمن ، وإنما الرجوع بحكم الآمر بالاداء فلا بد من اعتبارهما . فلو أدى الزيوف عن الجياد ويجوز له ذلك رجع بها دون الجياد ، لان أداء المأمور به لم يوجد ، وإن عكس فكذلك ، لان الآمر لم يوجد في حق الزيادة فكان متبرعاً بها ، فقوله رجع بما أدى بإطلاقه فيه تسامح .

(وبخلاف ما إذا صالح الكفيل الطالب عن الألف بخمسمائة) حيث يرجع بما أدى وهو خمسمائة لا بما ضمن وهو الألف (لأنه إسقاط) عن بعض الدين وليس مبادلة ، إذ لو جعل مبادلة لكان ربا ، وإن كان إسقاط للبعض (فصار كما إذا أبرأ الكفيل) لا يؤخذ من الكفيل خمسمائة [1] خمســمائة لا يرجع الكفيل على المكفول عنـــه بمـا أدى وهو خمســمائة لا بمـــا ضمن ، وكذا إذا أبرأ الكفيل عن مجموع الدين لا يرجع على المكفول عنه ، فكذا إذا صالح الكفيل إياه على بعض الدين لأنه جمع بالباقي مطلقاً باعتبار البعض بالكل .

(قال) أي القدوري (وليس للكفيل أن يطالب المكفول عنه بالمال قبل أن يؤدي عنه ، لأنـــه لا يملكه) اي لأن الكفيل لا يملك الدين . (قبل الأداء) لأن الكفيل كالمقرض ، يعني والمقرض لا يرجع على المستقرض مالم يقرض (بخلاف الوكيل بالشراء ، حيث يرجع قبل الأداء لأنه انعقد بينهما) أي بين الوكيل والموكل (مبادلة حكمية)

---

(١) هنا كلام غير مقروء .

انعقد بينهما مبادلة حكمية . قال فإن لوزم بالمال كان له أن يلازم المكفول عنه ، حتى يخلصه ، وكذا إذا حبس كان له أن يحبسه لانه لحقه ما لحقه من جهته فيعامله بمثله . وإذا أبرأ الطالب المكفول عنه أو استوفى منه برىء الكفيل لان براءة الاصيل توجب براءة الكفيل ، لان الدين عليه في الصحيح وإن أبرأ الكفيل لم يبرأ الأصيل عنه لأنه تبع ،

ألا ترى أن الملك ينتقل إلى الموكل من جهة الوكيل ، ولهذا يتحالفان إذا اختلفا في الثمن وللوكيل بالشراء حبس المبيع بالثمن فلا تثبت المبادلة الحكمية كان الوكيل مع الموكل كالبائع مع المشتري فللبائع حبس المبيع لاستيفاء الثمن ، فكذا الوكيل .

(قال) أي القدوري رحمه الله (فإن لوزم) أي الكفيل (بالمال كان له أن يلازم المكفول عنه حتى يخلصه) أي حتى يخلص المكفول عنه الكفيل لأن الأصيل هو الذي أوقعه في هذه الورطة فعليه خلاصه عنها (فكذا إذا حبس كان له) أي الكفيل (أن يحبسه) أي أن يحبس المكفول عنه (لأنه لحقه) أي لحق الكفيل (ما لحقه من جهته) أي من جهة المكفول عنه (فيعامله بمثله) أي فيقابل الكفيل المكفول عنه بمثل ما قابله وبقولنا قال الشافعي « رح » في وجه ومالك وأحمد « رح » إذا كانت الكفالة بأمره قال الشافعي في الأصح لا يحبسه .

(وإذا أبرأ الطالب المكفول عنه أواستوفى منه) يعني أخذ الذي كان عليه (برىء الكفيل ، لأن براءة الأصيل توجب براءة الكفيل) بلا خلاف بين الفقهاء ، بخلاف ما إذا كفل بشرط الأصيل فبراءته لا توجب براءة الكفيل ، لأنه في معنى الحوالة ، والاعتبار للمعاني لا للعبارة (لأن الدين عليه) أي على المكفول عنه (في الصحيح) أي في القول الصحيح وهو احتراز عن قول بعض المشايخ حيث قالوا الكفالة ضم الذمة إلى الذمة في الدين فوجب أصل الدين في ذمة الكفيل وقد مر هذا في أول الكتاب .

(وإن أبرأ الكفيل) أي وإن أبرأ المكفول له الكفيل عن الدين (لم يبرأ الأصيل عنه لانه تبع

ولأن عليه المطالبة وبقاء الدين على الأصيل بدونه جائز . وكذا إذا أخر الطالب عن الأصيل فهو تأخير من الكفيل ، ولو أخر عن الكفيل لم يكن تأخيراً عن الذي عليه الأصل ، لأن التأخير إبراء مؤقت فيعتبر بالإبراء المؤبد ، بخلاف ما إذا كفل بالمال الحال مؤجلا

ولأن عليه المطالبة وبقاء الدين على الأصيل بدونه) أي بدون المطالبة على تأويل الطلب (جائز) وفي شرح الطحاوي وإذا أبرأ المكفول له المطلوب عن الدين وقبل ذلك برىء الأصيل والكفيل جميعاً ، لأن براءة الأصيل توجب براءة الكفيل وبراءة الأصيل ، إلا أنه اشترط في ذلك قوله أو بموت قبل القبول أو الرد فقام ذلك مقام القبول ، ولو رده ارتد وادين الطالب على حاله . واختلف مشايخنا في ذلك أن الدين هل يعود إلى الكفيل أم لا ، قال بعضهم يعود وقال بعضهم لا يعود . ولو أبرأ الكفيل صح الإبراء قبل أو لم يقبل ولا يرجع على الأصيل . ولو وهب الدين أو تصدق عليه يحتاج إلى القبول .

فإن قيل كان له أن يرجع على الأصيل كما إذا أدى وفي الكفيل حكم إبرائه والهبة تختلف في الإبراء لا يحتاج إلى القبول . وفي الهبة والصدقة يحتاج إلى القبول . وفي الأصل يتفق حكم إبرائه والهبة والصدقة فيحتاج إلى القبول في الكل ولو كان الإبراء والهبة والصدقة بعد موته فقبل ورثته صح ويرد ورثته ارتد وبطل الإبراء عند أبي يوسف لأن الإبراء بعد الموت إبراء للورثة ، وقال محمد لا يرتد بردهم كما لو أبرأهم في حال حياته ثم مات .

(وكذا إذا أخر الطالب عن الأصيل يكون تأخيراً عن الكفيل ، ولو أخر عن الكفيل لم يكن تأخيراً عن الذي عليه الأصل) وهو المكفول عنه ولا نعلم فيه خلاف (لأن التأخير إبراء موقت فيعتبر بالإبراء المؤبد) فإن قيل الإبراء المؤبد لا يرتد برد الكفيل والموقت يرتد برده ، وبرد الأصيل يرتدان كلاهما ، والرواية في التتمة فكيف يعتبر الوقت بالمؤبد . قلنا كلامنا في السقوط والثبوت . أما قبول الارتداد وعدم قبوله حكم آخر سوى ما نحن فيه فلا يلزم من إعتبارهما حكم إعتبارهما في جميع الأحكام (بخلاف ما إذا كفل بالمال الحال مؤجلاً) نصب على الحال من قوله كفل (إلى شهر فانه يتأجل عن

إلى شهر فإنه يتأجل عن الأصيل لأنه لا حق له إلا الدين حال وجود الكفالة ، فصار الأجل داخلا فيه ، أما ها هنا فبخلافه . فإن صالح الكفيل رب المال عن الألف على خمسمائة فقد برىء الكفيل والذي عليه الأصل لأنه أضاف الصلح إلى الألف الدين وهي على الأصيل فبرىء عن خمسمائة لأنه إسقاط وبراءته توجب براءة الكفيل ثم برئا جميعـــاً عن خمسمائة بأداء الكفيل ويرجع الكفيل على الأصيل بخمسمائة إن كانت الكفالة بأمره ، بخلاف ما إذا صالح على جنس آخر لأنه مبادلة حكمية

الأصيل) وقال الشافعي وأحمد ومحمد « رح » في رواية لا يتأجل على الأصيل بل يتأجل على الكفيل (لأنه) أي لان الطـــالب (لا حق له إلا الدين حال وجود الكفالة فصار الاجل داخلاً فيه) لانه أضـــاف الاجل إلى نفس الدين لانه لا شيء سوى الدين حتى يصرف الاجل فيه فصار التأجيل وصفاً لاجل الدين فيظهر الاجل في حقهماضرورة .

(أما هاهنا فبخلافه) يعني فيما كفل حالاً ، ثم أخر عنه الطالب لم يكن ذلك تأخيراً عن الاصيل . وفي الفتاوى الصغرى الكفيل بالدين المؤجل إذا أدى قبل حلول الاجل لا يرجع على المكفول عنه حتى يحل الأجل (فإن صالح الكفيل رب المال عن الالف على خمسمائة فقدبرىء الكفيل والذي عليه الاصل) وهو الدين (لانه أضاف الصلح إلى الالف الدين وهي على الاصيل فبرىء عن خمسمائة لانه إسقاط وبراءته توجب براءة الكفيل ثم برئا جميعاً عن خمسمائة بأداء الكفيل ويرجع)أي الكفيل (على الاصيل بخمسمائة إن كانت الكفالة بأمره)وان كانت بغير أمره لا يرجع وإن صالحه مطلقاً أو أبرأه بطلت عن الكفيل وبقي الحق على الاصيل ، كذا قال فخر الإسلام وغيره .

(بخلاف ما إذا صالح على جنس آخر) أي صالح عن ألف هي دراهم على ثوب مثلا حيث يرجع الكفيل إذا أدى بجميع الالف (لانه مبادلة حكمية) وهو جعل الثوب

فملكه فيرجع بجميع الألف . ولو كان صالحه عما استوجب بالكفالة لا يبرأ الأصيل ، لان هذا إبراء الكفيل عن المطالبة . قال ومن قال لكفيل ضمن له مالاً قد برئت إلي من المال رجع الكفيل على المكفول عنه ، معناه بما ضمن له بأمره ، لان البراءة التي ابتداءها من المطلوب وانتهاءها إلى الطالب لا يكون إلا بالإيفاء فيكون هذا إقرار بالاداء فيرجع . وإن قال أبرأتك لم يرجع الكفيل على المكفول عنه لانه براءة لا تنتهي إلى غيره وذلك بالإسقاط فلم يكن إقراراً بالإيفاء . ولو قال برئت

بدل الألف (فملكه) أي فملك الالف (فيرجع بجميع الالف) هذا نتيجة ملك الالف (ولو كان صالحه عما استوجب بالكفالة) الذي استوجب بالكفالة هو المطالبة (لا يبرأ الاصيل لان هذا إبراء الكفيل عن المطالبة) لان هذا فسخ الكفالة لا اسقاط لاصل الدين .

(قال) أي محمد « رح » في الجامع الصغير (ومن قال لكفيل ضمن له مالاً قد برئت إلي من المال رجع الكفيل على المكفول عنه معناه) أي معنى ما قاله محمد « رح » من قوله ضمن له مالاً (بما ضمن له بأمره لأن البراءة التي ابتداءها من المطلوب وانتهاءها إلى الطالب لا يكون إلا بالإيفاء فيكون هذا) أي قوله برئت إلي (إقرار بالأداء) أي بالإيفاء (فيرجع) فكأنه قال استوفيت منك حقي ، فإذا أقر الطالب بالإيفاء يرجع الكفيل فكذا هذا .

(وإن قال) أي الطالب (أبرأتك لم يرجع الكفيل على المكفول عنه لانه براءة لا تنتهي إلى غيره ، وذلك) يكون (بالإسقاط فلم يكن إقراراً بالإيفاء) لان البراءة في هذه الصورة ابتداؤها من الطالب ، وهذا لا يكون إلا بالإسقاط فاذا أسقط من الكفيل لا يرجع لان براءة الكفيل لا توجب براءة الاصيل (ولو قال برئت) ولم يقل إلي (قال

قال محمد « رح » هو مثل الثاني لانـــه يحتمل البراءة بالاداء إليه والإبراء فيثبت الادنى إذ لا يرجـع الكفيل بالشك . وقال أبو يوسف « رح » هو مثل الاول لانـــه أقر ببراءة ابتداؤها من المطلوب ، وإليه الإيفاء دون الإبراء .

محمد هو مثل الثاني) أي مثل قوله أبرأتك (لانه يحتمل البراءة بالاداء إليه والإبراء) ويحتمل البراءة بالإبراء ، فـــاذا كان كذلك (فيثبت الادنى) وهو البراءة بالإبراء لا البراءة بالأداء وهو الإسقاط ، وبقوله قالت الثلاثة (إذ لا يرجع الكفيل بالشك) هذا نسخة بكلمة أولا يرجع ، والظاهر أن هذا دليل آخر وهو أنه لا يرجع بالشك لاحتمال الامر بد المذكورين ، فافهم فان هذا موضع لا ينتقص فيه كل أحد.

(وقال أبو يوسف هو مثل الأول) وهو قوله برئت إلي من المال (لانه أقر ببراءة ابتداؤها من المطلوب) فـــانه ذكر حرف الخطاب وهو التاء ، وذلك إنما يكون بفعل مضاف إليه على الخصوص كما إذا قيل قمت وقعدت مثلا (وإليه) أي وإلى المطلوب (الإيفاء دون الإبراء) تقرير هذا أنه أخبر على البراءة بفعل عن المطلوب وهو الكفيل إلى الطـــالب وذلك بالإيفاء يكون لانه هو الذي يتعدى من المطلوب إلى الطالب دون الإبراء إذ الإبراء يتعدى من الطالب الى المطلوب ، وقيل أبو حنيفة مع أبي يوسف في هذه المسألة ، وكان المصنف اختـــاره فأخره وهو أقرب الاحتمالين فالمصير إليه أولى ، وما قاله محمد إنما يستقيم إذا كان الاحتمالان على السواء وقديرجح أحد الاحتمـــالين وهو البراءةبالقبض ، لانه كالحقيقة والآخر كالمجـــاز . وقيل برئت مطاوع أبرأتك فتكون حقيقة أيضاً .

واختلف مشايخنا المتأخرون فيما إذا قال المدعى عليه أبرأني المدعي من الدعوى التي يدعي علي يكون إقراراً ، كما لو قال أبرأني من هذا المال . وقيل لا يكون إقراره لان الدعوى قد تكون حقـــاً وباطلا . ولو قال الطالب للكفيل أنت في حل من المال فهو كقوله أبرأتك باجماع الائمة الاربعة ، لان لفظ الحل يستعمل في البراءة بالإبراء دون البراءة بالقبض ، كذا ذكره المحبوبي .

وقيل في جميع ما ذكرنا إذا كان الطالب حاضراً يرجع في البيان إليه لانه هو المجمل. قال ولا يجوز تعليق البراءة من الكفالة بالشرط لما فيه من معنى التمليك

(وقيل في جميع ما ذكرنا) من الوجوه الثلاثة (إذا كان الطالب حاضراً يرجع في البيان إليه لأنه هو المجمل) لأن الاصل في الإجمال الرجوع إلى بيان المجمل . فان قيل المجمل مــــالا يمكن العمل به إلا بالبيان ، وهاهنا العمل ممكن في الاوجه الثلاثة بدون البيان على ما ذكر من وجوه البيان خصوصاً في الوجه الاول ، لانه بين أن البراءة التي ابتداؤهامن الكفيل وإنتهاؤها إلى الطالب بمنزلة قوله دفعت إلي وقبضته منك فلا يكون فيه إجمال ، وكذا في الشافعي وهذا لاخلاف فيه أنه أبرأ بدون القبض.وفي الوجه الثالث عمل محمد يتمين . وأبو يوسف رجح الإبراء بالقبض فلا يكون مجملا ، قيل في جوابه قوله برئت إلي وإن كان بمنزلة الصريح في حق الإيفاء والقبض من حيث الاستدلال لكنه ليس بصريح فيه بل هو قابل للا ستعارة بأن قال برئت إلي لاني أبرأتك وإن كان بعيداً عن الاستعمال وما ذكروا في تعليل الاوجه الثلاثة كلهاستدلال لاصريح في الإيفـاء وغير الإيفاء، ولهذا جعلت الائمة الثلاثةالكل الإبراء بدون الإيفاء فكان العمل به عند العجز عن العمل بالصريح،فلما أمكن العمل بصريح البيان من الطالب سقط العمل به بالاستدلال وفيه تأمل.

(قال) أي القدوري رحمه الله (ولا يجوز تعليق البراءة من الكفالة بالشرط) أراد به الشرط الغير المتعارف ، كما إذا قال إذا جاء غداً فانت بريء من الكفالة . حاصله أن المراد به الشرط المحض الذي لا منفعة للطالب فيه أصلا كدخول الدار ومجيىء الغد لانه غير متعـــارف ، أما إذا كان متعارفاً يجوز كله في تعليق الكفالة ، فانه ذكر في الإيضاح لو كفل بالمال وبالنفس أيضاً ، وقال إن وافيتك غداً فأنت بريء من المال فوافاه غداً يبرأ من المال . وكذا لو علق البراءةباستيفاء البعض يجوز أو علق البراءة عن البعض يجوز ذكــــره ، في مبسوط شيـخ الاسلام (لمــــا فيه) أي تعليق البراءة من الكفالة بالشرط (من معنى التمليك) ولهذا يرجع الكفيل بمــــا أدى عن المكفول عنـــه اذا كان بأمره والتمليكات لا يجوز تعليقها بالشروط لافضائه إلى معنى

كما في سائر البراءات ، ويروى أنـــه يصح لان عليـه المطالبة دون الدين في الصحيـح فكان اسقاطاً محضاً كالطلاق ، ولهـذا لا يرتد الإبراء عن الكفيل بالرد ، بخلاف إبراء الأصيل وكل حق لا يمكن استيفاؤه من الكفيـل لا تصـح الكفالة كالحدود والقصاص معناه بنفس الحد لا بنفس من عليه الحد ، لانه يتعذر إيجابه عليه ، وهذا لان العقوبة لا يجري فيهـــا النيابة . وإذا تكفل عن المشتري بالثمن جاز

القمار (كما في سائر البراءات) لا يجوز فيها التعليق بالشرط (ويروى أنه يصح) أي أن في تعليق البراءة من الكفالة بالشرط (لان عليه) أي على الكفيل (المطالبة دون الدين في الصحيح) أي في القول الصحيح من المشايخ ، فاذا كان كذلك (فكان) أي إبراء الكفيل (إسقاطاً محضاً) والاسقاط المحض يصح تعليق (كالطلاق) فانه إسقاط محض يصح تعليقه بالشرط (ولهذا) أي ولاجل كونه إسقاطـــا محضاً (لا يرتد الابراء عن الكفيل بالرد) .

(بخلاف إبراء الأصيل) فانه يرتد بالرد (وكل حق لايمكن استيفاؤه من الكفيل لا تصح الكفالة به كالحدود والقصاص) هذا لفظ القدوري رحمه الله في مختصره قوله لا يمكن أي لا يصح ، لان إمكان الضرب أو جر الرقبة ليس بمنفعة لا محالة لكنه لا يصح شرعاً ، وعبر عنه بعدم الامكـــان مبـــالغة في نفي الصحة . وقال المصنف رحمه الله (معناه بنفس الحد) يعني بنفس الحد لا يجوز (لا بنفس من عليه الحد) فان الكفالة بنفس من عليه الحد تجوز ، لانه تعليق لقوله معناه بنفس الحد (لانه) أي لان الاستيفاء (يتعذر إيجابه عليه) أي على الذي يكفل (وهذا) أي عدم الايجاب عليه المتعذر (لان العقوبة لا تجري فيها النيابة) لعدم حصول المقصود ، لان المقصود الزجر وهو لا يتحقق بالنائب .

(وإذا تكفل عن المشتري بالثمن جاز) هذا لفظ القدوري إنما جاز الكفالة بالثمن

لانه دين كسائر الديون وإن تكفل عن البائع بالمبيع لم تصح ، لانه عين مضمون بغيره وهو الثمن والكفالة بالاعيان المضمونة وإن كانت تصح عندنا خلافاً للشافعي « رح » ، لكن بالإعيان المضمونة بنفسها

(لانه دين كسائر الديون) لانه دين صحيح يمكن استيفاؤه من الكفيل، فصحت الكفالة به كما في سائر الديون وكالقرض (وإن تكفل عن البائع بالمبيع لم تصح) وهذا أيضاً لفظ القدوري « رح » وفي بعض النسخ لم يجز (لانه) أي لان المبيع (عين مضمون بغيره وهو الثمن) ولا يمكن أداؤه عن الكفيل إذا هلك فانه لو هلكت العين سقط الثمن (والكفالة بالاعيان المضمونة) الاعيان على نوعين أمانة ومضمونة والكفالة بالامانة لا تصح كالودائع والعواري ومال المضاربة والشركة والعين المستأجرة غير أن العارية والعين المستأجرة واجبة الرد إن كان لها حمل ومؤنة ، بخلاف الودائع ومال المضاربة والشركة فانها ليست بواجبة الرد ، بل الواجب التخلية . فلو كفل بتسليم العارية والمستأجرة صح ، أما الاعيان المضمونة فعلى نوعين :

الاول : ما كان مضموناً بنفسه على معنى أنه يجب رد عينها إن كانت باقية وقيمتها إن هلكت تصح الكفالة وهي كالعين المغصوبة والمقبوض على سوم الشراء والمبيع بيعاً فاسداً .

الثاني : غير مضمون بنفسه بل هو مضمون بغيره كالمبيع في يد البائع والمرهون في يد المرتهن ، لان المبيع مضمون بالثمن والرهن مضمون بالدين لا تصح الكفالة به ، وإذا تكفل بتسليم المبيع صح . وقال تاج الشريعة كون الشيء مضموناً بنفسه أن لا يزول عنه الزمان أصلاً كالمقبوض على سوم الشراء والمغصوب فانه يجب رد عينه أو قيمته والاعيان المضمونة لغيرها ليست كذلك ، إذ المبيع لو هلك يهلك على حكم ملك المالك وينفسخ البيع والانسان لا يضمن مال نفسه .

(وإن كانت تصح عندنا) كلمة إن واصلة بما قبله (خلافاً للشافعي) فان عنده في وجه لا تصح الكفالة بالاعيان غير ثابتة في الذمة (لكن بالاعيان المضمونة بنفسها) هذا

كالمبيع بيعاً فاسداً والمقبوض على سوم الشراء والمغصوب لا بما كان مضموناً بغيره كالمبيع والمرهون ولا بما كان أمانة كالوديعة والمستعار والمستأجر ومال المضاربة والشركة . ولو كفل بتسليم المبيع قبل القبض أو بتسليم الرهن بعد القبض إلى الراهن أو بتسليم المستأجر إلى المستأجر جاز لانه التزام فعلاً واجباً

في محل الخبر عن قوله والكفالة بالاعيان المضمونة إنما تصح إذا كانت مضمونة بنفسها لا مطلقاً ، ومثل لذلك بقوله (كالمبيع بيعاً فاسداً والمقبوض على سوم الشراء والمغصوب لا بما كان) يعني لا تصح الكفالة بما كان (مضموناً بغيره كالمبيع) فانه مضمون بالثمن (والمرهون) فـــانه مضمون بالدين (ولا بما كان) أي ولا تصح الكفالة أيضاً بالشيء يكون (أمـــانة كالوديعة والمستأجر والمستعار ومال المضاربة والشركة) وقد ذكرنا الجميع آنفا .

(ولو كفل بتسليم المبيع قبل القبض أو بتسليم الرهن بعد القبض) أي قبض الدين (إلى الراهن أو بتسليم المستأجر) بفتح الجيم (إلى المستأجر) بكسرهـــا (جاز لانه التزام فعلاً واجباً) أي لان الكفيل التزم فعلاً واجبـــاً على الاصيل وهو تسليم المبيع والمرهون والمستأجر فلو هلك المبيع أو الرهن أو المستأجر بطلت الكفالة ولم يكن على الكفيل شيء لأنه ما ضمن الثمن إلا في المبيع أو القيمة في غيره . وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله العين في يد الأجير المشتركة مضمونـــة فتصح الكفالة بهما عندهما خلافاً لأبي حنيفة رحمه الله . وفي الذخيرة الكفالة بتمكين المودع من الأخذ صحيحة ، وكذا الكفالة بتسليم العارية صحيحة لكن بعينها لا تجوز .

وقال شمس الأئمة الكفالة بتسليم العارية باطلة وهذا ليس بصواب ، فقد نص محمد « رح » في الجامع أن الكفالة بتسليم العارية صحيحة ، وهكذا في المبسوط والإيضاح . وقال الأكمل في قوله وهذا ليس بصواب نظراً ، فإن شمس الأئمة ليس ممن لم يطلع على الجامع ، بل لعله قد اطلع على رواية أخرى أقوى من ذلك ، فاختارها ، وفيه تأمل ، وعند أحمد

ومن استأجر دابة للحمل عليها . فإن كانت بعينها لا تصح الكفالة بالحمل ، لانه عاجز عنه . وإن كانت بغير عينهـــا جازت الكفالة لانه يمكنه الحمل على دابة نفسه ، والحمل هو المستحق ، وكذا من استأجر عبداً للخدمة فكفل له رجل بخدمته فهو باطل لما بينا . قال ولا تصح الكفالة إلا بقبول المكفول له في المجلس ، وهـــذا عند أبي حنيفة ومحمد « رح » . وقال أبو يوسف « رح » يجوز إذا بلغه فأجاز ولم يشترط في بعض النسخ الإجازة .

يجوز ضمان العارية لأنه مضمون عنده كالمغصوب .

(ومن استأجر دابة للحمل عليهـــا فان كانت) أي الدابة (بعينها لا تصح الكفالة بالحمل ، لأنه عاجز عنه) أي لأن الكفيل عاجز عن تسليم الدابة المعينة لأنها ملك الغير والمستحق الحمل عليها (وإن كانت بغير عينها جازت الكفالة لأنه يمكنه الحمل على دابة نفسه والحمل هو المستحق) يعني إذا لم تكن الدابة بعينهـــا (وكذا) الحكم في (من استأجر عبداً) أي معيناً (للخدمة فتكفل له رجل بخدمته فهو باطل لما بينا)إشارةإلى قوله لأنه عاجز .

(قال ولا تصح الكفالة) سواء كانت بالنفس أو بالمال (إلا بقبول المكفول له في المجلس العقد) أي في مجلس عقد الكفالة (وهذا) أي اشتراط قبول المكفول له (عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله) وبه قـــال الشافعي رحمه الله في وجه (وقال أبو يوسف رحمه الله يجوز) وبه قال مالك وأحمد والشافعي رحمهم‌الله في وجه (إذا بلغه فأجاز) أي إذا بلغ المكفول له بالتكفيل فأجاز (ولم يشترط في بعض النسخ) أي نسخ كفالة المبسوط (الإجازة) على قول أبي يوسف رحمه الله . وقال الأكمل قيل أي نسخ كفالة المبسوط وفيه نبوة ، لأن نسخ كفالة المبسوط لم تتحدد ، وإنمـــا هي نسخة واحدة ، فالموجود في بعضها دون بعض يدل على ترك في بعض أو زيادة في آخر . قلت النبوة فيما قاله لا فيما قيل .

والخلاف في الكفالة بالنفس والمال جمعا . له أنه تصرف التزام فيستبد به الملتزم ، وهذا أوجه هذه الرواية عنه ، ووجه التوقف ما ذكرناه في الفضولي في النكاح . ولهما أن فيه معنى التمليك وهو تمليك المطالبة منه

وفي الكافي واختلفوا في قول أبي يوسف رحمه الله فقيل يجوز عنده بوصف التوقف حتى لو رضي به الطالب ينفذ . وقيل يجوز لو صف النفاذ ، قيل رضاء الطالب ليس بشرط وهو الأصح عنده . وفي شرح المجمع وأفتى بعض المشايخ بقول أبي يوسف رحمه الله رفقاً بالناس . وقال الأترازي رحمه الله والحاصل أن الكفالة بالنفس أو بالمال إذا كانت بحضرة المكفول له والمكفول عنه صحت بالإجماع ، فان كان الطالب غائباً فهي جائزة عند أبي يوسف رحمه الله . وقالا لا يجوز إلا أن يقبل عنه قابل فيتوقف على إجازته ، كذا في المختلف .

(والخلاف) بين أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وبين أبي يوسف رحمه الله (في الكفالة بالنفس والمال جميعاً له) أي لأبي يوسف رحمه الله (إنه) أى أن عقد الكفالة (تصرف التزام) للغير (فيستبد به) أى فينتقل به (الملتزم) كالإقرار والنذر ، ولهذا يصح مع الجهالة (وهذا) أي هذا التعليل وهو أنه تصرف التزام (أوجه هذه الرواية عنه) أي عن أبي يوسف رحمه الله (ووجه التوقف) يعني أن وجه الرواية التي أجازت الكفالة عند غيبة المكفول له موقوفة على الإجازة (ما ذكرناه) في كتاب النكاح (في الفضولي في النكاح) وهو أن شطر العقد يتوقف على ما وراء المجلس عند أبي يوسف رحمه الله ، والجامع عدم الضرر . وعندهما لا يتوقف شطر العقد على ما وراء المجلس كما في البيع . حاصل الكلام من جعل الخلاف في التوقف جعله فرعاً للفضولي في النكاح إذا تزوج امرأة وليس عنها قابل يتوقف عند أبي يوسف رحمه الله على إجازتها فيما وراء المجلس لأنه لا ضرر في هذا التوقف على أحد .

(ولهما) أي ولأبي حنيفة ومحمد « رح » (أن فيه) أي في عقد الكفالة (معنى التمليك وهو تمليك المطالبة منه) أي من المكفول عنه ، كذا قال شيخنا العلاء ثم قال

فيقوم بهما جميعا والموجود شطره فلا يتوقف على ما وراء المجلس .
قال إلا في مسألة واحـــدة وهي أن يقول المريض لوارثه تكفل
عني بما علي من الدين فكفل به مع غيبة الغرماء جاز لأن ذلك
وصية في الحقيقة ،

ويحتمل أن يرجع الضمير إلى الكفيل لأن الكفيل ، ملك المطالبة للمكفول عنه . وقال تاج الشريعة منه ، أي من الكفيل. ومتى ثبت معنى التملك لم ينفرد الواحد به لأنه شطر العقد (فيقوم بهما جميعاً) أي فيقوم التمليك بالكفيل والطالب (والموجود شطره) أي شطر العقد (فلا يتوقف على ما وراء المجلس) فعلى هذا لو قبله عن الطالب فضولي توقف على إجازته لوجود شطرية .

(قال) أي القدورى (إلا في مسألة واحدة) وهو استثناءمنقوله ولا تصح الكفالة إلا بقبول المكفول له في المجلس حيث يصح استحســـاناً ، والقياس عدمها على قولهما (وهي أن يقول المريض) وفي القدوري وهي أن يقول المريض وهذا على الأصل ، لأن الضمير يرجع الى المسألة . ووجه تذكير الضمير في الكتاب باعتبار المذكور في القدوري أن يقول المريض (لوارثه تكفل عني بما علي من الدين فكفل به) أي فتكفل الوارث لما عليه من الدين (مع غيبة الغرماء) حيث تصح استحساناً (لأن ذلك وصية في الحقيقة) أي يصير كأنه أوصى إليه بقضاء ديونه فيشترط قبولمنأوصى إليه ليصير وصياً لاقبول غيره ، كذا قاله تاج الشريعة . وقال الكاكي رحمه الله قيل في تعليل الكتاب بقوله لأن ذلك وصية في الحقيقة نظراً إذ لو كان وصية حقيقة لمـــا اختلف الحكم بين حالة الصحة وحالة المرض ، وقد ذكرنا من المبسوط أن هذا لا يصح في حالة الصحة ، إلا أن يأولهذا ويقال لأن ذلك في معنى الوصية في الحقيقة وفيه بعد ، وقد نقل الأكمل هذا ثم قال مثل هذه العبارة يستعمل عند المحصلين فيما إذا دل لفظ بظاهره على معنى ، وإذا نظرت في معنـــاه يأول إلى معنى آخر وحينئذ لا فرق بين أن يقول في معنى الوصيةأو وصية في الحقيقة وفيه تأمل . وفي الشـــامل الايصاء بقضاء الدين يصح . وفي الخلاصة ثم هذا من

ولهذا تصح وإن لم يسم المكفول لهم، ولهذا قالوا إنما تصح إذا كان له مال، أو يقال أنه قائم مقام الطالب لحاجته إليه تفريغا لذمته وفيه نفع الطالب كما إذا حضر بنفسه ، وإنما يصح بهذا اللفظ ولا يشترط القبول لانه يراد به التحقيق دون المساومة ظاهراً في هـــذه الحالة فصار كالامر بالنكاح .

المريض يصح وإن لم يسم الدين ولا صـــاحب الدين وأشار إليه المصنف رحمه الله بقوله (ولهذا تصح وإن لم يسم المكفول لهم) أي ولأجل أن ذاك وصية .

(ولهذا) أي ولأجل ذلك أيضاً (قالوا) أي المشايخ (إنما تصح) أي عقد الكفالة بدون قبول الطـالب (إذا كان له) أي للمريض (مال) عند الموت إذ الوصية تصح في المال عند الموت (أو يقال) إشـــارة إلى بيان وجه آخر في صحة قول المريض لوارثه تكفل بما علي من الديون . تقرير أن يقال (أنه) أي المريض (قائم مقام الطالب) وهو المكفول له (لحاجته إليه) أي لحاجة المريض إلى إقامة نفسه مقام الطالب (تفريغاً لذمته) أي لأجل تفريغ ذمته عن الدين فصار كأن الطالب حضر بنفسه على ما يجيء (وفيه) أي وفي إقامة نفسه مقام الطالب (نفع الطالب) وهو حصول حقه إليه ، فصار حكمه (كما إذا حضر) أي الطالب (بنفسه ، وإنما يصح بهذا اللفظ) متصل بقوله لأن ذلك وصية ، يعني أن قول المريض لوارثه تكفل عني أيضاً ، ولهذا تصح إذا لم يكن مال ولكن الإيصاء صح بلفظ الضمان .

(ولا يشترط القبول) أي قبول المريض ، هذا جواب سؤال مقدر وهو أن يقال لو كان المريض نازلاً منزلة الطالب لكان قبوله شرطاً كقبول الطالب . وتقرير الجواب أنه لا يشترط القبول (لأنه يراد به التحقيق) أي المريض يريد بقبوله تكفل عني تحقيق الكفالة (دون المساومة) نظراً إلى ظاهر حالة هو عليها ، وهو معنى قوله (ظاهراً في هذه الحالة فصار) أي فصار هذا (كالأمر بالنكاح) لو قال لامرأة زوجني نفسك ، فقـــالت زوجت نفسي منك يكون ذلك بالقبول فكأنها قالت زوجت ، وقال قبلت

ولو قال المريض ذلك لاجنبي اختلف المشايخ فيه قال وإذا مات الرجل وعليه ديون ولم يترك شيئاً فتكفل عنـــه رجل للغرماء لم تصح عند أبي حنيفة « رح » . وقالا تصح لأنه كفل بدين ثابت لأنه وجب لحق الطالب ولم يوجد المسقط ، ولهذا يبقى في حق أحكام الآخرة . ولو تبرع به إنسان وله مال يصح ، وكذا يبقى إذا كان به كفيل

(ولو قال المريض ذلك لأجنبي) أي لو قال المريض لأجنبى تكفل عني بما علي من الدين ففعل الأجنبي ذلك (اختلف المشايخ فيه) فمنهم من لم يصح ذلك لأن الأجنبي غير مطالب بقضاء دينه لا في الحياة ولا بعد موته بدون الإلتزام ، فكان المريض والصحيح في حقه سواء ، ولو قال الصحيح ذلك لأجنبي أو لوارثه لم يصح بدون قبول المكفول له ، فكذا المريض ، ومنهم من صححه لأن المريض قصد به النظر لنفسه والأجنبي إذا قضى دينه بأمره يرجع في تركته فيصح هذا من المريض على أن يجعل قائمـــاً مقام الطالب لتضيق الحال عليه بمرض الموت لكونه على شرف الهلاك . ومثل ذلك لا يوجد في الصحيح فأخذناه بالقياس .

(قال) أي القدوري رحمه الله (وإذا مـــات الرجل وعليه ديون ولم يترك شيئاً فتكفل به رجل عنه لغرمـــائه لم تصح عند أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه) أي لم تصح الكفــــالة عنده سواء كان ذلك الرجل أجنبياً أو وارث الميت (وقالا) أي أبو يوسف ومحمد رحمهما الله (تصح) الكفالة وبه قال مالك والشافعي وأحمد رحمهم الله (لأنه) أي لأن الرجل (كفل بدين ثابت لأنه) أي لأن الدين (وجب لحق الطالب ولم يوجد المسقط) أي مسقـــط الدين ، لأن الإسقـــاط إنما يكون بالإيفاء أو الإبراء أو إنفساخ سبب وجوبه وبالموت لا يتحقق شيء من ذلك (ولهذا) أي ولأجل ما ذكرنا من عدم الاسقاط (يبقى) أي الدين (في حق أحكام الآخرة) فيطالب به في الآخرة .

(ولو تبرع به) أي بأداء الدين (إنســـان وله مال) أي والحال أن للميت مال (يصح) أي التبرع به . ولو برىء المفلس من الدين بالموت لما حل لصاحب الدين الأخذ من المتبرع (وكذا يبقي) أي الدين (إذا كان به كفيل أو مال) ويبقى هو على كفالته

أو مال . وله أنه كفل بدين ساقط لأن الدين هو الفعل حقيقة ، ولهذا يوصف بالوجوب لكنه في الحكم مال لأنه يؤول إليـــه في المال وقد عجز بنفسه وبخلفه ففات عاقبة الاستيفاء فيسقط ضرورة

ولو سقط الدين بالموت ليسقط عن الكفيل ، لأن سقوط الدين عن الأصيل يوجب براءة الكفيل .

(وله) أي ولأبي حنيفه رضي الله تعـالى عنه (أنه) أي أن الرجل (كفل بدين ســـاقط) لأن محل الدين قد فات وقيام الدين من غير محل محال (لأن الدين هو الفعل حقيقة) لأن المقصود والفائدة الحاصلة منه هو فعل الأداء (ولهذا) أي ولكون الدين هو الفعل حقيقة (يوصف بالوجوب) يقال دين واجب كما يقال الصلاة واجبة والوصف بالوجوب حقيقة إنما هو في الأفعال (لكنه في الحكم مال) هذا جواب عن سؤال مقدر وهو أن يقال لزم حينئذ قيام العرض هو غير جائز عند المتكلمين من أهل السنة . وتقرير الجواب هو ما قاله لكنه أي لكن الدين في الحكم مال ، لأن تحقيق ذلك الفعل في الخارج ليس إلا بتمليك طائفة من المال فوصف المال بالوجوب (لأنه) أي لأن الأداء الموصوف به (يؤول إليه في المال) فكان وصفاً مجازياً ، وكونه مالاً بواسطة الاستيفاء (وقد عجز) أي والحال أنه قد عجز عنه (بنفسه وبخلفه) أي كفيله (ففات عاقبة الاستيفاء فيسقط) في أحكام الدنيا (ضرورة) لأن الكفالة من أحكام الدنيا فانعدم أثر الوجوب في حق الميت فلم تصح الكفالة لأنها بناء على الوجوب في جانب من عليه .

فإن قلت العجز بنفسه وبخلفه يدل على تعذر المطالبة منه ، وذلك لا يستلزم بطلان الدين في نفسه كمن كفل عن عبد محجور أقر بدين فإنها تصح ، فإن تعذرت المطالبة في حال الرق . وقال الأكمل رحمه الله قلنا غلط بعدم التفرقة بين ذمة صالحة بوجوب الحق عليها ضعفت بالرق وبين ذمته خربت بالموت ولم يبق أهلاً للوجوب عليها . وقال الأكمل رحمه الله أيضاً وهذا التقرير كما ترى يشير إلى أن المصنف ذكر دليل أبي حنيفة رضي الله عنه بطريق المعارضة . ولو أخرجه إلى سبيل المانعة بأن يقول لا نسلم أن الدين ثابت بل هو

والتبرع لا يعتمد قيـام الدين وإذا كان بـه كفيل أو له مال فخلفه أو الإفضاء إلى الأداء باق .

ساقط ويذكر السند بقوله فإن الدين هو الفعل كان أحدث في وجوه النظر على ما لا يخفى قلت الذي قرره المصنف يتناول كل واحد من طريق الممانعة وطريق المعارضة على ما لا يخفى ،

(والتبرع لا يعتمد قيام الدين) هذا جواب عما قال ولو تبرع به إنسان تقريره أن الشرع لا يعتمد قيام الدين ، فإن من قال لفلان على فلان ألف درهم وأنا كفيل صحت الكفالة وعليه أداؤه وإن لم يوجد الدين أصلاً . وقال تاج الشريعة والتبرع لا يعتمد قيام الدين أي في حق المكفول عنه ، بل يعتمد قيامه في حق الكفيل ، ولهذا لو أقر رجل أن لفلان على فلان كذا وأنا كفيل بذلك وأنكر المكفول عنه تصح الكفالة وعليه أداء الدين (وإذا كان به كفيل) جواب عن قولهما وكذا يبقى اذا كان به كفيل (أو له مال) بيـــان هذا أن القدرة شرط الفعل إما بنفس القادر أو بخلفه ، فإذا كان به كفيل أو له مال وانتفى القادر (فخلفه) وهو الوكيل أو المال في حق بقاء الدين (أو الافضاء إلى الأداء) هذا غير موجود في بعض النسخ . وقال الاترازي هكذا وقع السماع مراراً ، وقد كانت نسخة شيخ الاسلام حافظ الدين الكبير البخاري هكذا أيضا . وقال الاكمل رحمه الله وقوله هو الافضاء على ما هو السماع وعليه أكثر النسخ ، وكأنه قال الكفيل والمـال إن لم يكونا خلفين فالافضاء إلى الاداء بوجودهما (باق) بخلاف ما إذا عدما .

ويجوز أن يكون في الكلام لف ونشر . وتقريره فخلفه وهو الكفيل أو الافضاء ، أى ما يفضي إلى الاداء وهو المال باق ، وعلى هذا يشترط في القدرة ، أما نفس القادر أو خلفه أو ما يفضي إلى الاداء وقد وقع في بعض النسخ إذ الافضاء على وجه التعليل لقوله فخلفه ، وعلى هذا يكون تقدير الكلام فخلفه باق حذف لدلالة المذكورة عليه كما في قول الشاعر نحن بما عندنا وأنت بما عندك راض والرأى مختلف ، ومعناه كل واحد من الكفيل والمـال خلف للميت ، لان رجاء الاداء منهما باق ، فإن الخلف ما به تحصل كفاية أمر الاصيل عند عدمه ، ومما كذلك فكانا خلفين انتهى .

قال ومن كفل عن رجل بألف عليه بأمره فقضاء الألف قبل أن يعطيه صاحب المال فليس له أن يرجع فيها لأنه تعلق به حق القابض على احتمال قضائه الدين فلا يجوز المطالبة ما بقي هذا الاحتمال ، كمن عجل زكاته ودفعها إلى الساعي ، ولأنه ملكه بالقبض على ما نذكر ،

وقال شيخنا العلاء رحمه الله قوله إذا كان به كفيل ، أي إذا كان بالدين كفيل فخلفه باق ، وكذا إذا له مال فالتقضي إلى الاداء باق ، لانه يستوفي من المال فتحقق باقياً في أحكام الدنيا . وقوله فخلفه أي إذا كان له كفيل والافضاء إليه فيما إذا كان له مال باق إنتهى قلت هنا الكلفات كثيرة فالمختصر من الكلام أن يقال فخلفه أي الكفيل أو الافضاء بالنظر إلى وجود المال وإعراب ما وقع في المتن أن قوله فخلفه مبتدأ . وقوله أو الافضاء إلى الاداء عطف عليه . وفي بعض النسخ بدون الالف . وقول باق خبر المبتدأ .

(قال) أي محمد في الجامع الصغير (ومن كفل عن رجل بألف عليه بأمره) أي على الرجل بأمره وهو المديون (فقضاء الألف) أي فقضى الرجل الألف الكفيل (قبل أن يعطيه صاحب المال) أي قبل أن يعطي الألف صاحب المال وهو منصوب على أنه مفعول ثان للاعطاء (فليس له) أي للرجل المذكور وهو المكفول عنه (أن يرجع فيها) أي في الألف على تأويل الدراهم (لأنه) أي لأن الألف (تعلق به حق القابض) وهو الكفيل (على احتمال قضائه الدين فلا تجوز المطالبة ما بقي هذا الإحتمال) يعني ما لم يبطل هذا الإحتمال بأداء الأصل بنفسه حق الطالب ليس له أن يسترده ، لأن النفع الدفع إذا كان الفرض لا يجوز الإسترداد فيه ما دام باقياً كيلا يكون سعياً في نقض ما أو جبه .

وهذا (كمن عجل زكاته ودفعها إلى الساعي) وهو المصدق الذي يتولى أخذ الزكاة فإنه ليس له أن يستردها ، لأن الدفع كان لفرض ، وهو أن يصير زكاته بعض الحول ، فما دام الاحتمال ليس له الرجوع (ولأنه) أي ولأن الكفيل (ملكه) أي الألف (بالقبض) وبه قال الشافعي رحمه الله في وجه . وقال في وجه لا يملكه وفي يده أمانة فيسترده قبل أداء الكفيل به ، وبه قال مالك وأحمد رحمهما الله (على ما نذكر)

بخلاف ما إذا كان الدفع على وجه الرسالة لأنه تمحض أمانة في يده وإن ربح الكفيل فيه فهو له لا يتصدق به لأنه ملكه حين قبضه أما إذا قضى الدين فظاهر ، وكذا إذا قضى المطلوب بنفسه وثبت له حق الاسترداد لأنه وجب له على المكفول عنه مثل ما وجب للطالب عليه ،

إشارة إلى قوله بعد خطين ، أما إذا قضى الدين فظاهر إلى آخره .

(بخلاف ما إذا كان الدفع) أي الدفع إلى الكفيل (على وجه الرسالة) يعني يرجع الأصيل على الكفيل بالمدفوع اليه (لأنه تمحض أمانه في يده) صورته أن يقول الأصيل للكفيل خذ هذا المال وادفع إلى الطالب ، فانه لا يصير ملكاً للكفيل ، بل هو أمانة في يده ، ولكن لا يكون للمطلوب أن يسترده من يد الكفيل ، لأنه تعلق بالمؤدى حق الطالب فالمطلوب بالاسترداد يريد إبطال ذلك فلا يقدر عليه ، لكنه لم يملكه لكونه إصابة .

(وإن ربح الكفيل فيه) أي في الألف المقبوض بأن تصرف فيه وربح (فهو له) أي الربح له (لا يتصدق به) يعني لا يجب أن يتصدق به (لأنه ملكه حين قبضه) والربح الحاصل من ملكه طيب له لا محالة ، وإنما قلنا إن ملكه حين قبضه لان قضاء الدين إما أن يحصل في الكفيل أو من الأصيل ، فإن كان الأول فظاهر ، وهو معنى قوله (أما إذا قضى الدين فظاهر)لانه قبض ما وجب له فيه فيملكه من حيث قبض ، كمن قبض الدين المؤجل معجلاً (وكذا) الحكم (إذا قضى المطلوب بنفسه) أي الاصيل أداه بنفسه حيث يملكه الكفيل (وثبت له حق الاسترداد لانه) أي لان الكفيل (وجب له على المكفول عنه مثل ما وجب للطالب عليه) أي على الكفيل وقال الكاكي رحمه الله وقيل على المكفول له ، لان الكفالة ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة لا في الدين ولكن ذكر في جامع المحبوبي وقاضي خان أن الدين وجب للطالب على الكفيل فيكون الضمير في عليه راجعاً إلى الكفيل ، وفي المبسوط الكفالة توجب الدينين ديناً للكفيل على الأصيل وديناً للطالب ، لكن دين الكفيل مؤجل إلى وقت الأداء ، لأن له مطالبة الأصيل بعد الأداء ، ولهذا لو أخذ الكفيل من الأصيل رهناً بهذا المال يصح بمنزلة ما لو أخذ رهناً بدين مؤجل .

إلا أنه أخرت المطالبة إلى وقت الأداء فنزل منزلة الدين المؤجل .
ولهذا لو أبرأ الكفيل المطلوب قبل أدائه يصح ، فكذا إذا قبضه
يملكه ، إلا أن فيه نوع خبث نبينه فلا يعمل مع الملك فيما لا يتعين

(إلا أنه) استثناء من قوله لأنه وجب له على المكفول عنه فعل ما وجب للطالب عليه ، أي إلا أنه (أخرت المطالبة) أي مطالبة للكفيل الأصيل (إلى وقت الأداء) أي أداء الكفيل (فنزل منزلة الدين المؤجل) أي نزل بناء على المكفول عنه الكفيل منزلة الدين المؤجل (ولهذا) أي ولأجل تنزله منزلة الدين المؤجل (لو أبرأ الكفيل المطلوب قبل أدائه) أي قبل أداء الكفيل للطالب (يصح) حتى لو لم يكن له الرجوع بعد الأداء (فكذا إذا قبضه يملكه) أي فكذا إذا قبض الكفيل الدين يملكه ، وهذا أيضاً يدل على أن الكفالة تقتضي دينين كما ذكرناه عن المبسوط .

(إلا أن فيه) أي في الربح الحاصل للكفيل بتصرفه في المقبوض على وجه الاقتضاء وقد أدى الأصيل الدين (نوع خبث نبينه) أي نبين نوع الخبث ونبينه في مسألة الكفالة بالكبر ، أو لأن نذكرها (فلا يعمل) أي الخبث (مع الملك فيما لا يتعين) كغير النقود وقـــال الأترازى رحمه الله هذا استثناء من قوله فهو له ولا يتصدق به ، فكأنه ذكره جواباً لسؤال بأن يقال في هذا الربح نوع خبث ، فينبغي أن يتصدق به ، لأن حق المال الخبيث التصدق به فأجاب عنه وقال لكن فيه نوع خبث مع الملك ، فلا يعمل الخبث مع الملك فيما لا يتعين ، فلأجل هذا لم يؤمر بالتصدق . وذكر في شروح الجامع الصغير هذا الفصل على وجهين فأمـــا أن يدفع الأصيل إليه على وجه الرسالة ، أوعلى وجه الاقتضاء ، وكل ذلك على وجهين ، أما إن كان الدفع مما لا يتعين بالتعيين كالنقود أو مما يتعين كالعروض .

فإن دفع على وجه الرسالة بأن قال خذ هذا المال وادفع إلى الطالب لا يطيب الربح ، سواء كان المدفوع مما لا يتعين أو يتعين في قول أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه ومحمد رحمه الله ، لأن الخبث يثبت لعدم الملك ، لأن تصرفه وجد في غير ملكه فاستوى فيه الماء

وقد قررناه في البيوع . ولو كانت الكفالة بكر حنطة فقبضها الكفيل فباعها وربح فيها فالربح له في الحكم لما بينا أنه ملكه . قال واحب إلي أن يرده على الذي قضاه الكر ولا يجب عليه في الحكم ، وهذا عند أبي حنيفة في رواية الجامع الصغير . وقال أبو يوسف

لأن وان دفع على وجه الاقتضاء بأن قال الأصيل الكفيل إني لا آمن أن يأخذ الطالب حقه منك فأنا أقضيك قبل أن تؤدى طاب له الربح إذا كان المدفوع مما لا يتعين كالنقود لأنه ملكها بالقبض ، وإن كان المدفوع مما يتعين كغير النقود .

قال أبو حنيفة رضي الله تعالى عنه في رواية هذا الكتاب يستحب أن يرده على الأصيل . وقال في كتاب الكفالة من الأصل يتصدق به . وقال في كتاب البيوع منه يطيب له . وعند أبي يوسف ومحمد « رح » يطيب له ولا يرده ولا يتصدق به ، وقال فخر الاسلام ويستوى في هذا أن أداء المطلوب إلى الطالب بنفسه أو أداء الكفيل (وقد قررناه في البيوع) أى في آخر فصل أحكام البيع الفاسد .

(وإذا كانت الكفالة بكر حنطة فقبضها الكفيل) أى فقبض الكفيل الكر من الأصيل فتصرف فيها (فباعها وربح فيه فالربح له) أى الكفيل (في الحكم) أى في القضاء (لما بينا أنه ملكه) أى أن الكفيل ملك الذى قبضه .

(قال) أى قال أبو حنيفة رحمه الله في الجامع الصغير لما روى محمد « رح » فيما إذا كانت الكفالة بكر حنطة فقضاه الذى عليه الأصيل فباعه الكفيل فربح فيه فإن الربح له إلا أنه أحب إلى أن يدفعه إلى الذى قضاه ويرده عليه ولا أجبره على ذلك في القضاء ونقل المصنف هذا بقوله (وأحب إلي أن يرده على الذى قضاه الكر ، ولا يجب عليه فى الحكم ، وهذا عند أبي حنيفة « رح » فى رواية الجامع الصغير) أى ولا يجب الرد على الذى قضاه في الحكم ، أى فى القضاء ، ثم أن المصنف رحمه الله لما نقل هذا عن الجامع الصغير .

ثم قال المصنف رحمه الله (وقالا هو له) أى وقال أبو يوسف ومحمد الربح له (ولا

ومحمد « رح » هو له ولا يرده على الذي قضاه وهو رواية عنه. وعنه أنه يتصدق به لهما أنه ربح في ملكه على الوجه الذي بينـــاه فيسلم له. وله أنه تمكن الخبث مع الملك اما لأنه بسبيل من الاسترداد بأن يقضيه بنفسه، أو لأنه رضي به على اعتبار قضاء الكفيل، فـــإذا قضاه بنفسه لم يكن راضياً به وهذا الخبث يعمل فيما يتعين فيكون سبيله التصدق في رواية ويرده عليه في رواية،

يرده على الذى قضاه الكر) وهذا لفظه فى الجامع الصغير. وقال يعقوب ومحمد هو له ولا يرده على الذى قضاه الكر (وهو روايةعنه) أى قول أبي يوسف ومحمدروايةعنأبي حنيفة أيضاً وهو أن الربح للكفيل ولا يرده على الأصيل وهورواية كتاب البيوع(وعنه أنه) أى أن الكفيل (يتصدق به) أى بالربح، وهو رواية كتاب الكفالة.

(لهما) أى لأبي يوسف ومحمد رحمهما الله (أنه) أى أن الكفيل (ربح فى ملكه على الوجه الذى بيناه) إشارة إلى قوله لأنه وجب له على المكفول عنه مثل ما وجب للطالب عليه (فيسلم له) أى فيسلم له الربح.

(وله) أي ولأبي حنيفة رحمه الله (أنه تمكن الخبث مع الملك) لأحـــد الوجهين، أشار إلى الوجه الأول بقوله (إما لأنه) أي لأن الأصيل (بسبيـــل من الاسترداد بأن يقضيه) أي يقضي الكر (بنفســه) فإذا كان كذلك كان الربح حاصلاً في ملك متردد بين أن يقر وأن لا يقر. ومثل ذلك قاصر. ولو عدم الملك أصلاً كان خبيثاً، فإذا كان قاصراً تمكن فيه شبهة الخبث. وأشار إلى الوجه الثاني بقوله (أو لأنـــه) أي أو لأن الأصيل (رضي به) أي يكون المدفوع ملكاً للكفيل (على اعتبار قضاءالكفيل) الدين (فإذا قضاه بنفسه لم يكن راضيابه) فتمكن الخبث (وهذا الخبث) أي الخبيث الذي يكون مع الملك (يعمل فيما يتعين) كغير النقود (فيكون سبيله التصدق في رواية) عن أبي حنيفة رحمه الله (ويرده عليه) أي على الأصيل (في رواية) أخرى عن أبي حنيفة، فإن رده على الاصيل فإن كان الأصيل فقيراً طاب له، وإن كان غنياً ففيــه روايتان في

لان الخبث لحقـــه وهذا أصح لكنه استحباب لا جبر لأن الحق له

قال ومن كفل عن رجل بألف عليه بأمره فأمره الأصيل أن يتعين

عليه حريراً . ففعل فالشراء للكفيل والربح الذي ربح البائع فهو عليه

ومعناه الأمر ببيع العينة مثل أن يستقرض من تاجر عشرة فيتابى

عليه ويبيع منه ثوباً يساوي عشرة بخمسة عشر مثلاً رغبة في نيل الزيادة

كتاب الغصب . قال فخر الإسلام في شرح الجامع الصغير والأشبه أن يطيب له ، لأنه إنما يرده عليه على أنه حقه (لأن الخبث لحقه) أي لحق الأصيل لا لحق الشرع (وهذا أصح) أي الرد ، لأن يرد الربح على المكفول عنه أصح من القول بالتصدق (لكنه استحباب) أي لكن الرد عليه مستحب ، لأن الملك لكفيل (لا جبر ، لأن الحـــق له) أي لا يجبر على دفعه إلا أنه لما تمكن الخبث يستحب الدفع إليه ، بخلاف الربح في الغصب حيـــث يجبر الغاصب على الدفع لأنه لا حق للغاصب في الربح .

وفي الكافي هذا إذ أعطاه على وجه القضاء ، أما لو أعطاه على وجه الرساله فتصرف فيه الرسول وربح لم يطب له الربح ، سواء كان ثمناً أو مما يتمين لأنه مودع والمودع إذا تصرف في الوديعة وربح لم يطب له الربح عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله ، وطاب له عند أبي يوسف رحمه الله لما عرف .

(قال) أي محمد رحمه الله في الجامع الصغير (ومن كفل عن رجل بألف عليه بأمـــره فأمره الأصيل أن يتمين عليه حريراً) أي على الأصيل ، أي أمـــره أن يشتري له حريراً بطريق العينية (ففعل) أي الكفيل (فالشراء للكفيل والربح الذي ربح البائع فهـــو عليه) أي الربح على الكفيل (ومعناه) أي معنى قوله أن يتمين عليه حريراً (الأمـــر ببيع العينة) يعني أمره أن يشتري حريراً بطريق العينة فمين ذلك بقوله (مثـــل أن يستقرض من تاجر عشرة) أي يطلب من تاجـــر عشرة دراهم على سبيل الفرض (فيتأبى عليه) أي فيمتنع أن يقرضه عشرة (ويبيع منه ثوباً يساوي عشرة بخمســة عشر مثلاً رغبة في نيل الزيادة) يعني طمعاً في الفضل الذي لا يناله المقرض بالقرض ويقول لا يتيسر

ليبيعه المستقرض بعشرة ويتحمل عليه خمسه سمى به لما فيه من الإعراض عن الدين إلى العين وهو مكروه لما فيه من الإعراض عن مبرة الاقراض

لي القرض ثم يبيعه ثوباً (ليبيعه المستقرض بعشرة ويتحمل عليه خمسة) أي يتحمل المقرض خمسة دراهم يحصل له عشرة دراهم ولرب الثوب خمسة دراهم بطريق البيع ، هذا الذي ذكره المصنف رحمه الله في جملة صور العينة ومن صورها ما ذكره قاضي خان ، وهو أن يجعل المقرض والمستقرض بينهما ثالثاً فيبيع صاحب الثوب بإثني عشر من المستقرض ، ثم أن المستقرض يبيعه من الثالث بعشرة ويسلم ثم يبيع الثالث من المقرض بعشره ويأخذ منه عشرة ويدفعها إلى المستقرض فتندفع حاجته ، وإنما خللا ثالثاً تحرزاً عن شراء ما باع بأقل مما باع قبل نقد الثمن .

وفي فتاوى الكردي صورته أن يبيع المستقرض سلعة من المقرض بعشرة ويسلم إليه، ثم قال المستقرض بعني بإثني عشر فباعها جاز . وفي محيط السرخسي صورته باع متاعه بالعين في المستقرض إلى أجل ثم يبعث متوسطاً ليشتري المتاع لنفسه بألف حالة ويقبضه ثم يبيعه من البائع الأول بألف ، ثم يحيل المتوسط بائعه على البائع الأول بالثمن الذي عليه ويخرج من الوسط فيدفع البائع الأول ألفاً حالة إلى المستقرض ويأخذ منه ألفين عندحلول الأجل وهذا المبيع جائز في الحكم فقال أبو يوسف رحمه الله لا يكره ، لأنه فعل ذلك كثير من الصحابة « رض » ولم يعدوه من الربا .

وقال محمد هذا البيع في قلبي كأمثال الجبال أي لها شبهة كأمثال الجبال اخترعه أكلة الربا وقد ذمهم رسول الله ﷺ فقال إذا تبايعتم بالعينة واتبعتم أذناب البقر ذللتم وظفر عليكم عدوكم . وفي رواية سلط الله عليكم شراركم فيدعوا خياركم فلا يستجاب لكم وقيل إياك والعينة فإنها لعينة ، والمراد باتباع أذناب البقر الزراعة .

(سمي به) أي سمي هذا البيع ببيع العينة . وفي نسخة شيخنا سمي بعينه (لمافيه) أى في بيع العينة (من الإعراض عن الدين إلى العين وهو مكروه) أى بيع العينة مكروه ، أما كراهة تحريم أو كراهة تنزيه على الاختلاف (لمافيه من الإعراض عن مبرة الإقراض) المبرة إسم للبر . وقال الجوهري البر خلاف العقوق والمبرة مثله تقول بررت

مطاوعة لمذموم البخل ثم قيل هذا ضمان لما يخسر المشتري نظراً إلى قوله علي وهو فاسد وليس بتوكيل وقيل هو توكيل فاسـد ، لأن الحرير غير متعين ، وكذا الثمن غير معلوم لجهالة ما زاد على الدين ، وكيفما كان فالشراء للمشتري وهو الكفيل والربح ، أى الزيادة عليه لأنه العاقد . قال ومن كفل عن رجل بما ذاب له

والدي بالكسر أبره براً فأنا بر به وبار ، وجمع البر الإبرار ، وجمع البـار البررة . وروى المصدقة بعشرة والقرض ثمانية عشر (مطاوعة لمذموم البخل) يعني لأجل المطاوعة للبخل الذي هو مذموم ، وكان الكـره حصل من المجموع فإن الإعراض عن الإقراض ليس بمكروه . والبخل الحاصل من طلب الربح في التجارات كذلك وإلا لكانـت المرابحة مكروهة .

(ثم قيل هذا ضمان) أى قوله أن يتعين عليه ضمان (لما يخسر المشتري نظـراً) أي بالنظر (إلى قوله علي) بالتشديد ، لأن كلمة على الإلتزام (وهو فاسد) أي الضـمان بالخبران فاسد ، لأن الخسران ليس بمضمون على أحد الكفالة والضمان إنما يصح بما هـو مضمون فلا يصح ضمانه ، كمن قال لآخر بائع في هذا السوق على أن كل وضيعة وخسران يصيبك فأنا ضامن بـه لك كان باطلاً ، كذا في جامع المحبوبي (وليس بتوكيل) لأنه لم يقل تعين لي ، بل قال تعين علي وهي ليست بكلمة وكالة .

(وقيل هو توكيل فاسد ، لأن الحرير غير متعين) إذ الحرير أجناس مختلفة (وكذا الثمن غير متعين لجهالة ما زاد على الدين) أى على قدر الدين. وقال الأكمل فإن قيل الدين معلوم والمأمور به هو مقداره ، فكيف يكون الثمن مجهولاً . أجاب بقوله لجهالة ما زاد على الدين فانه داخل في الثمن (وكيفما كان) سواء كان قوله تعين علي وكالة أو كفالة فاسـدة (فالشراء للمشتري) بفتح الراء صح بكسر الراء (وهو الكفيل والربـح أى الزيادة) أى الزيادة على الدين (عليه ، لأنه هو العاقد) .

(قال) أى قال محمد رحمه الله في الجامع الصغير (ومن كفل عن رجل بمـا ذاب له)

عليه أو بمـــا قضى له عليه فغاب المكفول عنه فأقام المدعي البينـة على الكفيل بأن له على المكفول عنـه ألف درهم ولم يقبل بينته ، لأن المكفول به مال مقضي به ، وهذا في لفظـــة القضاء ظاهر ، وكذا في الأخرى ، لأن معنى ذاب تقرر وهو بالقضاء أو مال يقضى به ، وهذا ماض أريد به المستأنف كقوله أطـــال الله بقاءك والدعوى مطلقة عن ذلك فلا تصح .

أى بما وجب وثبت له (عليه أو بما قضى له عليه) أى بما حكم له عليه من الحق (فغاب المكفول عنه فأقام المدعي البينة على الكفيل بأن له على المكفول عنه ألف درهم ولم يقبل ببينته) أى بينـــة المدعي على الكفيل حتى يحضر المكفول عنه فيقضى به عليه (لأن المكفول به مال مقضي به) على الأصيل لأن الكفيل التزم ما لا يقضى به في المستقبل ، فما لم يقض به لا يجب شيء على الكفيل القضاء على الأصيل ولم يوجد الشرط ولا يوجـد القضاء على الأصيل بهذه البينة حال غيبته ، لانه يكون قضاء على الغائب وهو لا يصح عندنا خلافاً للشافعي ومالك « رح » (وهذا في لفظة القضاء) وهو قوله أو بما قضى له عليه (ظاهر) لدلالة ما قضى بصراحة عبارته.

(وكذا في الاخرى) وكذا ظاهر في المسألة الاخرى وهو قوله ما ذاب له عليـــه لانه يستلزم ذلك (لان معنى ذاب تقرر) وهو بالقضاء وقد قلنا أنـــه مستعار من ذوب الشحم (وهو) أي التقرر (بالقضاء) أى إنما هو بالقضاء والدعوى مطلق غير ذلك ، فلا مطابقة بينهما (أو مال يقضى به) معطوف على قوله أو بما قضى له ، يعني كفـــل بمال يقضى به بعد الكفالة ، فلم توجد هذه الصفقة لا يكون كفيلاً به (وهذا ماض) أى قوله ذاب أو قضى له ماض ، ولكن (أريد به المستقبل) وفي نسخة شيخنا أريد بـــه المستأنف ، أى يجعل لفظ الماضي بمعنى المستقبل (كقوله) أى كقول الداعـــي لشخص (أطال الله تعالى بقاءك) فهو وإن كان ماضياً يراد به المستقبل (والدعوى مطلقـــة عن ذلك فلاتصح) أي دعوى المدعي على الكفيل مطلقة عن ذلك، حيث لم يتعرض لموجب المال

ومن أقام البينة أن له على فلان كذا وإن هذا كفيل عنه بأمره فإنه يقضى به على الكفيل وعلى المكفول عنـــه . وإن كانت الكفالة بغير أمره يقضي به على الكفيل خاصة وإنما تقبل لأن المكفول به مال مطلق بخلاف ما تقدم

بعد الكفالة بل يحتمل أنه كان واجباً قبل الكفالة وذلك لا يدخل تحت الكفالة ففسدت الدعوى فلم تسمع البينة ، حتى لو أقام البينة أنه وجب له على الغائب ألف درهم بعد عقد الكفالة قبلت بينته ، كذا قالوا في شرح الجامع الصغير .

(ومن أقام البينة أن له على فلان كذا وإن هذا كفيل عنه) أى عن فلان (بأمره) أى بأمر فلان (فإنه) أي فإن المال الذى قامت به البينة (يقضى به على الكفيل وعلى المكفول عنه) الذي هو الغائب (وإن كانت الكفالة بغير أمره) أى بغير أمـــر فلان (يقضي به) أى المدعي (على الكفيل خاصة) يعني دون الغائب (وإنما تقبل) إقامـة البينـــة حتى يقضي بالمال على الكفيل (لان المكفول به مال مطلق) أي عن التوصيف بكونه مقضياً به أو يقتضي به فكانت الدعوى مطابقة للمدعى به فصحت وقبلت البينـة لابتنائها على دعوى صحيحة .

(بخلاف ما تقدم) أى بخلاف المسألة المتقدمة وهي قوله ومن كفل عن رجـل بما ذاب له ... إلى آخره حيث لا يقبل بينة المدعي على الكفيل ، لان ثمة المكفول به مال مقيد وهو ما يجب على الكفيل بعد عقد الكفالة ودعوى المدعي وقعت مطلقة لم يتعرض لذلك ففسدت الدعوى فلم تقبل .

ثم اعلم أن فائدة القضاء على الكفيل وعلى المكفول عنه أنه لو حضر المكفول عنـه لا يحتاج إلى إقامة البينة عليه ، لانه لما أثبت الكفالة على الحاضر بأمر الغائب وقضـــى القاضي بذلك ثبت أمر الغائب بالكفالة عنه وثبت إقراره بالدين وانتصب الحاضر خصماً عن الغائب ، بخلاف ما إذا أقام البينة على أنه كفيل بغير أمر الغائب ثبت الدين على الكفيل خاصة ولا يثبت على الغائب شيء لانه لما لم يثبت الامر من الغائب لم يتعد القضاء إليه ، كذا قال الإمام الزاهد العتابي .

وإنما يختلف بالأمر وعدمه لأنهما يتغايران لأن الكفالة بأمر تبرع ابتداء ومعاوضة انتهاء ، وبغير أمر تبرع ابتداء وانتهاء ، فبدعواه أحدهما لا يقضى له بالآخر . وإذا قضى بهـــا بالأمر ثبت أمره وهو يتضمن الإقرار بالمال فيصير مقضياً عليـــه والكفالة بغير أمره لا تمس جانبه لأنـــه يعتمد صحتها قيام الدين في زعم الكفيل فلا يتعدى إليه . وفي الكفالة بأمره يرجع الكفيل بما أدى على الآمر .

وقال زفر « رح » لا يرجع لأنه لما أنكر فقد ظلم في زعمه

(وإنما يختلف) أي حكم القاضي بالرجوع على الاصيل (بالامر وعدمه لانهما) أي لان الكفالـة بأمـــره والكفالة بغير أمره (يتغايران ، لان الكفالة بأمر تبرع ابتداء ومعاوضة انتهاء وبغير أمر تبرع في الحالين[1]) أي في الابتداء والانتهـــاء (فبدعواه أحدهما) أي أحد عقدي الكفالة (لا يقضى له بالآخر) لان ذلك غير مشهور به (وإذا قضى بها) أي بالكفالة (بالامر ثبت أمره) أي أمر الاصيل وهو الآمر بالكفالـــة (وهو) أي الآمر بالكفالة (يتضمن الإقرار بالمال) لانه لا يأمر الكفيل بأن يؤدي عنه إلا إذا كان مقرأ بالمال (فيصير مقضياً عليه والكفالة بغير أمره لا تمس جانبـــه) أي جانب المكفول عنه (لانه) أي لان الامر أو الشأن (يعتمد صحتها) أي صحة الكفالة (قيام الدين) ولفظ صحتها مرفوع بقوله يعتمد . وقوله قيام الدين بالنصب مفعول (في زعم الكفيل) لان المرء يؤاخذ بزعمه والزعم بفتح الزاي وهو لغة أكثر القراء في قولـه تعالى ﴿ هذا لله بزعمهم ﴾ ١٣٦ الانعام ، وقرأ الكسائي بالضم (فلا يتعدى إليه) أي إلى المكفول عنه ، لانها لم تكن بأمره فلم يمس جانبه .

(وفي الكفالة بأمره يرجع الكفيل بما أدى على الآمر . وقال زفر لا يرجـــع) أي الكفيل على الأصيل (لأنه) أي لأن الكفيل (لما أنكر فقد ظلم في زعمـــه) يعني أن

---

(١) ابتداء وانتهاء — هامش .

فلا يظلم غيره . ونحن نقول صار مكذباً شرعاً وبطل ما في زعمه .

قـــال ومن باع داراً وكفل رجـل عنه بالدرك فهو تسليم لأن الكفالة لو كانت مشروطة في البيع فتمامه بقبوله ثم بالدعوى يسعى في نقض ما تم من جهته وإن لم تكن مشروطة فيه فالمراد بهـــا أحكام البيع وترغيب المشتري فيه إذ لا يرغب فيه دون الكفالة

الكفيل لما أنكر بزعم أن الطالب ظلمه (فلا يظلم غيره ونحن نقول صار مكذباً شرعاً) لأن القاضي لما قضى عليه فقد أكذبه فيما زعمه (فبطل ما في زعمه) كمن اشترى شيئـــاً وأقـــر أن البائع باع ملكه ثم استحقه آخر بالبينة لا يبطل حقه في الرجوع بالثمن على البائع ، كذا ذكره شمس الأئمة وقاضي خان.

(قال) أي محمد في الجامع الصغير (ومن باع داراً وكفل رجل عنه بالدرك) الدرك عبارة عن قبول ثمـــن الدار عند استحقاق الدار وضمان الدرك صحيح بإجماع الفقهاء وهـــو المنصوص عن الشافعي . وأخرج أبو العباس الشافعي قولاً آخر أنه لا يصح (فهـو) أي فضمان الدرك (تسليم) من الكفيل وتصديق بأن البائع باع ملك نفسه والمسألة في الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في الرجل يبيع الدار ويكفل رجل للمشتري بما أدركها من أدرك ثم جاء الكفيل يدعيها قال كفالة تسليم للبيـــع ، فإن شهـــد على البائع وختم لم تكن شهادته وختمـــه تسليماً للبيع ، إلى هنا لفظ محمـــد فيه .

قال المصنف (لأن الكفالة لو كانت مشروطة في البيع فتمامه) يعني لو باع بشـــرط الكفالة كان تمام البيع متعلقاً (بقبوله) أي بقبول الكفيل فصار كأنه هو الموجب للعقد ولا يصح دعواه بعد ذلك ، وهو معنى قوله (ثم بالدعوى) بعد ذلك (يسـعـى في نقض ماتم من جهته) فلا يجوز ذلك (وإن لم تكن) أي الكفالة (مشروطة فيـــه) أي في البيع (فالمراد بها) أي بالكفالة (أحكام البيع) بكسر الهمزة ، أي اتقانه (وترغيب المشتري فيـــه) أي في البيع (إذ لا يرغب) المشتري (فيه دون الكفالة) خوفـــاً من

فنزل منزلة الإقرار بملك البائع . قال ولو شهد وختم ولم يكفل لم يكن تسليماً وهو على دعواه ، لأن الشهادة لا تكون مشروطة في البيع ولا هي إقراراً بالملك ، لأن البيع مرة يوجد من المالك وتارة من غيره ، ولعله كتب الشهادة ليحفظ الحادثة بخلاف ما تقدم ، قالوا إذا كتب في الصك باع وهو يملكه أو بيعاً باتاً نافذاً وهو كتب شهد بذلك فهـــو تسليم إلا إذا كتب الشهادة على إقرار المتعاقدين

الاستحقاق (فنزل منزلة الإقرار بملك البائع) أي بمنزلة قوله اشتر هذه الدار ولا تبـالي فإنها ملك البائع . ومن أقر بملك البائع لا تصح دعواه بعد ذلك ، وإنما قال ينزل منزلة الإقرار لأنه يؤول إليه في المعنى .

(قال) أي محمد « رح » (ولو شهد) أي لو شهد الشاهد على بيـــع الدار (وختم) شهادته بأن كتب اسمه في الصك وجعل اسمه تحته رصاص مكتوباً ووضع عليـــه نقش خاتمه حتى لا يجري فيه التزوير والتبديل ، كذا ذكره شمس الأئمـــة الحلواني « رح » . وقال الكاكي « رح » قيل لفظ ختم وقع اتفاقاً باعتبار عادة العرب، وهذا عرف زمانهم، أما زماننا هذا العرف لم يبق (ولم يكفل لم يكن تسليماً ، وهو على دعواه ، لأن الشهادة لا تكون مشروطة في البيع) لعدم الملازمة (ولا هي) أي الشهادة (إقراراً بالملـــك لأن البيـع مرة يوجد من المالك وتارة من غيره ، ولعله كتب الشهادة ليحفظ الحادثة بخلاف ما تقدم) من ضمان الدرك ، فإنه إقرار بالملك .

(قالوا) مشايخنا (إذا كتب في الصك باع) فلان (وهو) أي والحال أنه (يملكه أو بيعاً باتاً) أي أو باع بيعاً باتاً (نافذاً وهو) أي الشاهد (كتب شهد بذلك فهـــو تسليم) فلا تصح دعواه (إلا إذا كتب الشهادة على إقرار المتعاقدين) فإنه ليس بتسليم وإن كان المكتوب فيما يدل على الصحة والنفاذ .

فصل في الضمان

قال ومن باع لرجل ثوباً وضمن له الثمن أو مضارب ضمن ثمن متاع رب المال فالضمان باطل ، لأن الكفالة التزام المطالبة وهي إليهما فيصير كل واحد منهما ضامناً لنفسه ، ولأن المال أمانة في أيديهما

(فصل في الضمان)

أى هذا فصل في بيان الضمان ، والضمان والكفالة بمعنى واحد ، ولكن لما كان هذا الفصل في مسائل الجامع الصغير ، ووردت فيه بلفظ الضمان فلذلك فصلها لتغاير في اللفظ ، ولهذا سمى أكثر الفقهاء باب الكفالة باب الضمان.

(قال) أى محمد في الجامع الصغير (ومن باع لرجل ثوباً وضمن له الثمن) أى باع لأجل رجل ثوباً وضمن البائع للآخر الثمن . صورته في الجامع محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في الرجل يعطي الرجل ثوباً ليبيعه بعشرة ففعل ثم ضمن البائع الثمن للآمر قال الضمان باطل (أو مضارب ضمن ثمن المتاع [1]) أى أو باع مضارب من المتاع شيئاً وضمن لرب المال (فالضمان باطل) في الصورتين (لأن الكفالة التزام المطالبة وهي) أي المطالبة (إليهما) أى إلى الوكيل والمضارب أو حقوق العقد يرجع إلى العاقد فاختصت المطالبة به ، فلو صح الضمان منهما (فيصير كل واحد منهما ضامناً لنفسه) وانه لا يجبر يجور ، بخلاف الوكيل بالنكاح ، فإن ضمن المهر من الزوج يصح ، لأنه سفير ، ولهذا لا يلي قبض المهر فلا يصير ضامناً لنفسه ، كذا ذكره المرغيناني والمحبوبي وعلى قياس من قول الأئمة الثلاثة ينبغي أن يصح هذا الضمان ، لأن للموكل ولاية مطالبة الثمن فلا يكون ضامناً لنفسه كما في النكاح .

(ولأن المال) هذا وجه آخر في تعليل المسألتين المذكورتين وهو أن المال (أمانة في أيديهما) أى في يد الوكيل والمضارب والأمين لا يكون ضميناً (والضمان تغيير الحكم

---

(١) ثمن متاع رب المال — هامش .

والضمان تغيير لحكم الشرع فيرد عليه كاشتراطه على المودع والمستعير، وكذا رجلان باعاً عبداً صفقة واحدة وضمن أحدهما لصاحبه حصته من الثمن لأنه لو صح الضمان مع الشركة يصير ضامناً لنفسه . ولو صح في نصيب صاحبه خاصة يؤدي إلى قسمة الدين قبل قبضه ولا يجوز ذلك . بخلاف ما إذا باعا بصفقتين لأنه لا شركة، ألا ترى أن للمشتري أن يقبل نصيب أحدهما ويقبض إذا نقد ثمن

الشرع) لأنه يناقضه (فيرد عليه) أي على الضامن (كاشتراطه) أي كاشتراط الضمان (على المودع) بفتح الدال (والمستعير) فإنه لا ضمان عليهما شرعاً، فاشتراطه يكون تغييراً للمشروع فلا يجوز ، وكمن عليه السهو إذا سلم بنية قصد الخروج يرد عليه ولا يخرج حتى كان له أن يعود إلى سجدتي السهو ، وكمن نذر أن يصوم غداً وعليه قضاء رمضان يجوز له صوم القضاء فيرد عليه نية تعيينه الغد لصوم النذر لأنه تغيير المشروع وهو صلاحية الغد لصوم القضاء .

(وكذلك) أي وكذلك لا يصح الضمان إذا كان (رجلان باعا عبداً صفقة واحدة وضمن أحدهما لصاحبه حصة من الثمن ، لأنه لو صح الضمان مع الشركة) أي مع بقاء الشركة الشائعة (يصير ضامناً لنفسه) لان ما من جزء من الثمن إلا وهو مشترك بينهما (ولو صح) أي الضمان (في نصيب صاحبه خاصة يؤدي إلى قسمة الدين قبل قبضه) حيث امتاز نصيب أحدهما والدين لا يحتمل القسمة قبل القبض ، لأن القسمة إفراز ، والإفراز يتحقق في الاعيان لا في الاوصاف والدين وصف ، ولان في القسمة معنى التمليك ، وتمليك الدين من غير من عليه الدين لا يجوز ، كذا في جامع قاضي خان (ولا يجوز ذلك) أي قسمة الدين قبل قبضه .

(بخلاف ما إذا باعا) عبداً (بصفقتين) بأن سمى كل واحد منهما لنفسه ثمناً ثم ضمن أحدهما الآخر صح ضمانه (لانه لا شركة) إذ نصيب كل منهما ممتاز عن نصيب الآخر (ألا ترى) توضيح لما قبله (أن للمشتري أن يقبل نصيب أحدهما ويقبض إذا

حصته وإن قبل الكل . قال ومن ضمن عن آخر خراجه
ونوائبه وقسمته

نقد ثمن حصته وإن قبل الكل) أى وإن قبل المشتري الكل بكلام واحد .

(قال) أي محمد « رح » في الجامع الصغير (ومن ضمن عن آخر نوائبه وخراجه) جمع نائبه . واختلف المشايخ فيه قال بعضهم المراد منه ما يكون بحق كأجر الحارس وكري نهر العامة ، وانه دين وسمى نائبه . وقال بعضهم هو ما يحتاج الامام إليه نحو تجهيز المقاتلين ، وكفداء الاسارى بأن لا يكون في بيت المال شيء فيوظف ما على الناس فيجوز ذلك فيجب اداؤه على كل موسر نظراً للمسلمين فضمن إنسان قسمة صاحبه أي نصيبه من ذلك يجوز ، وأما النوائب التي يوظفها السلطان على الناس كالجبايات في زماننا بسبيل الظلم فقد اختلف المشايخ فيه قال بعضهم لا تصح الكفالة بها لانه لا دين عليه فلا تصح . وقال بعضهم يصح حتى إذا أدى بعدما ضمن بأمره يرجع عليه ، لان العبرة في الكفالة لتوجه المطالبة حساً فكان بمنزلة دين واجب ، وإليه ذهب فخر الاسلام البزدوي . وأما النوائب الكبرى الداهية الدهيا التي هي المكس فهي حرام قطعاً فلا تجوز الكفالة بها ولا التصرف فيها بوجه من الوجوه أصلاً وقد بين الشارع صاحب المكس (وقسمته) .

قال الفقيه أبو الليث السمرقندي رحمه الله ذكر عن أبي بكر بن أبي سعيد أنه قال وقع هذا الحرف غليظاً لأنه لا معنى له ، يعني أن القسمة مصدر والمصدر فهو الفعل غير مضمون ، وكان الفقيه أبو جعفر يقول معناه إذا طلب أحد الشريكين القسمة من صاحبه وامتنع صاحبه من ذلك ، فإن القسمة واجبة عليه ، فإذا ضمن إنسان ليقوم مقامه في القسمة يجوز ذلك ، لأنه ضمن شيئاً مضموناً وهو يقدر على ذلك ، يعني على إيفائه . وقال بعضهم منهم فخر الإسلام البزدوي يحتمل أن يكون المراد بالقسمة ما وظف عليه من النوائب الراتبة كأجرة الحارس ونحوها . وقيل القسمة تجيء بمعنى النصيب ، قال الله تعالى ﴿ ونبئهم أن الماء قسمة بينهم ﴾ ٢٨ القمر ، والمراد النصيب . وقال بعضهم معناه إذا اقتسما ثم منع أحد الشريكين قسم صاحبه . قال الأكمل فتكون الروايه على هذا

فهو جائز . أما الخراج فقد ذكرناه وهو يخالف الزكاة لأنها مجرد فعل ، ولهذا لا تؤدى بعد موته من تركته إلا بوصيته . وأما النوائب فإن أريد بها ما يكون بحق ككرى النهر المشترك وأجر الحارس والموظف لتجهيز الجيش وفداء الأسارى وغيرها جازت الكفالة بها على الاتفاق . وإن أريد بها ما ليس بحق كالجبايات في زماننا ففيه اختلاف المشايخ « رح » وممن يميل إلى الصحة الإمام علي البزدوي .

قسمة بالضمير لا بالتاء . (فهو جائز) جواب عن قوله ومن ضمن .

(أما الخراج) هذا مشروع في بيان قول محمد « رح » في الجامع وهو الذي ذكره أولاً بقوله ومن ضمن إلى آخره (فقد ذكرناه) أي قبل هذا الفصل بقوله والرهن والكفالة في الخراج بلا خلاف (وهو يخالف الزكاة لأنها) أي لأن الزكاة (مجرد فعل) وهو تمليك المال من غير أن يكون ديناً . وفي الفوائد الظهيرية الخراج دين كسائر الديون ، كأنه أراد به الموظف مخالف الزكاة في الأموال الظاهرة حيث لا يجوز الضمان لها ، لأن الواجب جزء من النصاب وهو غير مضمون ، بدليل أنه لو هلك لا يضمن شيئاً والكفالة بأعيان غير مضمونة باطلة (ولهذا) أي ولأجل كون الزكاة مجرد فعل (لا تؤدي بعد موته) أي بعد موت من عليه الزكاة (من تركته إلا بوصيته) منه وقد عرف في موضعه .

(وأما النوائب فإن أريد بها ما يكون بحق ككرى النهر المشترك وأجرة الحارس والموظف) من جهة الامام (لتجهيز الجيش) عند خلو بيت المال (وفداء الأسارى) وهو تخليصهم من الأسر من أيدي الكفرة (وغيرها) كإطفاء النائرة (جازت الكفالة بها) أي من النوائب بالحق (بالاتفاق) بين أصحابنا وغيرهم من الفقهاء (وإن أريد بها) أي من النوائب (ما ليس بحق) بل لظلم من الملوك الظلمة (كالجبايات) وهي الصادرات (في زماننا ففيه اختلاف المشايخ) وقد ذكرناه عن قريب مفصلا (وممن يميل إلى الصحة) أي صحة الكفالة بها (الامام على البزدوي) وهو فخر الاسلام علي بن محمد بن الحسين

وأما القسمة فقد قيل هي النوائب بعينها أو حصة منها والرواية بأو ، وقيل هي النائبة الموظفة الراتبة ، والمراد بالنوائب ما ينوبه غير راتب والحكم ما بيناه ومن قال لآخر لك علي مائة إلى شهر ، وقال المقر له هي حالة فالقول قول المدعي . ومن قال ضمنت لك عن فلان مائة إلى شهر وقال المقر له هي حالة فالقول قول الضامن

ابن عبد الكريم النسفي لا أخـــاه صدر الإسلام محمد بن محمد بن الحسين بن عبد الكريم النسفي وعبد الكريم هذا كان تلميذ الشيـــخ الإمام أبي منصور محمد بن محمد بن محمود الماتريدي السمرقندي .

(وأما القسمة فقد قيل هي النوائب بعينها أو حصة منها) أي أو حصة الرجل من النوائب ، يعني إذا قسم الامام ما ينوب العامة نحو مؤنة يكتري النهر المشتري فأصاب واحداً شيء من ذلك فكفل به رجل صحت الكفالة بالاجماع . قيل ولكن كان ينبغي أن يذكر الرواية على هذا التقدير وقسمته بالواو ليكون عطف الخاص على العام كما في قوله عز رجل « من كان عدواً لله وملائكته ورسله وجبريل وميكال » ٩٨ البقرة . قال المصنف (والرواية بأو) أي بكلمة أو على تقدير أن تكون القسمة حصة من النوائب ، لأن القسمة إذا كانت حصة منهـــا فهو محل أو ، أما إذا كانت هى النوائب بعينها فهو محل الواو .

(وقيل هي النائبة الموظفة الراتبة) أي المقاطعات الديوانية في كل شهر أو ثلاثـــة أشهر ، كذا في الفوائـــد الظهيرية ، وفسروها في شروح الجامع الصغير بأجرة الحارس ونحوها (والمراد بالنوائب) أي بالنوائب المذكورة أولاً (ما ينوبه غير راتب) أي ما ينوب الشخص مما هو غير متعارف ولا موظف (والحكم ما بيناه) يعني جواز الكفالة فيما كان بحق بالإتفاق واختلاف المشايخ فيما كان بغير حق .

(ومن قال لآخر لك علي مائة إلى شهر وقال المقر له هي حالة فالقول قول المدعي) وهذه والتي بعدها من مسائل الجامع الصغير ، وهي قوله (ومن قال ضمنت لك عن فلان مائـــة إلى شهر ، وقال المقر له هي حالة فالقول قول الضامن) أي في ظاهر الرواية . وقـــال

ووجه الفرق أن المقر أقر بالدين ثم ادعى حقا لنفسه وهو تأخير المطالبة إلى أجل وفي الكفالة ما أقر بالدين ، لأنه لا دين عليه في الصحيح ، إنما أقر بمجرد المطالبة بعد الشهر ، ولأن الأجل في الديون عارض حتى لا يثبت إلا بشرط ، فكان القول قول من أنكر الشرط كما في الخيار .

قاضي خان في شرح الجامع الصغير قال الشافعي القول قول المقر في الفصلين على ما يجيء .

(ووجه الفرق) بين المسألتين (أن المقر أقر بالدين ثم ادعى حقاً لنفسه وهو تأخير المطالبة إلى أجل) والمقر له ينكر ذلك فالقول قول المنكر في الشرع (وفي الكفالة ما أقر) أي الكفيل (بالدين لأنه لا دين عليه في الصحيح) من الجواب ، ولهذا لو أقر بدين الطالب الكفيل فرده الكفيل لا يرتد برده فعلم أن لا دين عليه (إنما أقر بمجرد المطالبة بعد الشهر) والمكفول له يدعي حق المطالبة لنفسه في الحال ، والضامن ينكر ذلك القول فالقول للمنكر .

فإن قيل فعلى هذا التقدير تتعطل الكفالة عن موجبها وهو إلزام المطالبة ، فينبغي أن لا يكون القول للضامن . قلنا لا تتعطل ، لأن التزام المطالبة إما للحال أو في المستقبل ، وقد وجد منها التزام المطالبة في المستقبل ، فكانت صحيحة ، إليه أشار في الفوائد الظهيرية .

(ولأن الأجل في الديون عارض) هذا بيان فرق آخر ذكره لمن له زيادة استكبار في الاستقصاء ، لأن الفرق الأول اقناعي جدلي لدفع الخصم في المجلس ، ومبنى هذا الفرق على ما لا يثبت لشيء إلا بشرط لم يثبت له ذلك ، فكان عارضاً . والأجل في الديون بهذه المثابة (حتى لا يثبت إلا بالشرط) لأن ثمن البياعات والمهور وقيم المتلفات حالة لا يثبت الأجل إلا بالشرط (فكان القول قول من أنكر الشرط كما في الخيار) إذا ادعى أحد المتعاقدين خيار الشرط وينكر الآخر فالقول لمنكر الشرط مع اليمين .

أما الأجل في الكفالة فنوع منها حتى يثبت من غير شرط إن كان مؤجلاً على الأصيل . والشافعي «رح» ألحق الثاني بالأول . وأبو يوسف «رح» فيما يروى عنه ألحق الأول بالثاني . والفرق قد أوضحناه . قال ومن اشترى جارية فكفل له رجل بالدرك فاستحقت لم يأخذ الكفيل حتى يقضي له بالثمن على البائع ،

(أما الأجل في الكفالة فنوع منها) أي نوع من الكفالة ، يعني أن الكفالة المؤجلة أحد نوعي الكفالة (حتى يثبت من غير شرط بأن كان مؤجلاً على الأصيل) لأن الأجل في الكفالة ذاتي ، فإذا كان ذاتياً كان إقراره نوع منها فلا يحكم بغيره ، فكان القول قوله .

(والشافعي ألحق الثاني بالأول . وأبو يوسف فيما يروى عنه ألحق الأول بالثاني)هكذا وقع في عامة النسخ وليس بصحيح ، بل الصحيح عكسه ، فإن الشافعي ألحق الأول بالثاني . وأبا يوسف ألحق الثاني بالأول وذلك لأن الشافعي قال القول للمقر في الفصلين جميعاً ، وبيانه أن الشافعي ألحق الإقرار بالدين بالإقرار بالكفالة ، حيث صدق المقر بالدين المؤجل كما صدقنا المقر بالكفالة وأبو يوسف ألحق الإقرار بالكفالة المؤجلة بالإقرار بالدين المؤجل حيث لم يصدق المقر فيها جميعاً .

وفي الكافي ما ذكر في الهداية أن الشافعي ألحق الثاني بالأول مشكل ، لأن مذهبه على عكسه فيحتمل أن يكون له قولان أو لفظه المصنف الشافعي ألحق الأول بالثاني ، وأبو يوسف الثاني بالأول ، وهكذا في شرح البزدوي الظهيري وقع من المكاتب . وقال الأكمل رحمه الله فمن الشارحين من حمل على الروايتين عن كل واحد منهما . ومنهم من حمله على الغلط ولعله أظهر (والفرق) بين المسألتين (قد أوضحناه) عند قوله ووجه الفرق أن المقر أقر بالدين ثم ادعى حقاً لنفسه ... إلى آخره .

(قال) أي محمد « رح » في الجامع الصغير (ومن اشترى جارية فكفل له رجل بالدرك) وتفسير الدرك مر (فاستحقت لم يأخذ الكفيل حتى يقضي له بالثمن على البائع ،

لأن بمجرد الإستحقاق لا ينتقض البيع على ظاهر الرواية ما لم يقض له بالثمن على البائع فلم يجب له على الأصيل رد الثمن، فلا يجب على الكفيل بخلاف القضاء بالحرية ، لأن البيع يبطل بها لعدم المحلية فيرجع على البائـــع والكفيل ، وعن أبي يوسف « رح » أنه يبطل البيـــع بالاستحقاق فعلى قياس قوله يرجع بمجرد الإستحقاق ، وموضعـــه أوائل الزيادات في ترتيب الأصل .

لأن بمجرد الاستحقاق) أي القضاء بالإستحقاق والقضاء بالمبيع للمستحق (لا ينتقض البيع على ظاهر الرواية ما لم يقض له بالثمن على البائع) لأن احتمال الإجازة ثابت ، أي لأن احتمال إجازة المستحق البيع ثابت (فلم يجب له على الأصيل رد الثمن ، فلا يجب على الكفيل) لأن الكفالة محل للضمان عن غيره فلم يقض على الأصيل ، لأنه قد يجب التحمل على الكفيل ، وإنما قيد بقوله في ظاهر الرواية احترازاً عن رواية الامالي . قال الفقيه أبو الليث « رح » في شرح الجامع قال أبو يوسف في الأمالي له أن يأخذ الكفيل قبل أن يقضي على البائع ، وهو رواية عن أبي حنيفة ، وبـــه قالت الأئمة الثلاثة .

(بخلاف القضاء بالحرية ، لأن البيع يبطل بها) حيث ينتقض البيع بمجرد القضاء بها (لعدم المحلية) أي محلية البيع (فيرجع) أي المشتري (على البائع والكفيل[1]) أي وعلى الكفيل أيضاً إن شاء (وموضعه) أي موضع هذا (أوائل الزيادات في ترتيب الأصل) أراد بترتيب الاصل المحلية ، أي ترتيب محمد رحمه الله فإنه افتتح كتاب الزيادات بباب المأذون مخالفا لترتيب سائر الكتب تبركا بما أملى به أبو يوسف ، فان محمداً أخذ ما أملى أبو يوسف باباً باباً وجعله أصلا وزاد عليه من عنده ما يتم به تلك الابواب ، فكان أصل الكتاب من تصنيف أبي يوسف وزيادته من تصنيف محمد ، فلذلك سماه كتـــاب

---

(١) وعن أبي يوسف أنه يبطل البيع بالإستحقاق ، فعلى قياس قولـه يرجع بمجرد الاستحقاق ـــ هامش .

ومن اشترى عبداً فضمن له رجل بالعهدة فالضمان باطل ، لأن هذه اللفظة مشتبهة قد تقع على الصك القديم وهو ملك البائع فلا يصح ضمانه ، وقد تقع على العقد وعلى حقوقه وعلى الدرك وعلى الخيار

الزيادات . وكان ابتداء إملاء أبي يوسف في هذا الكتاب من أبواب المأذون ولم يغيره محمد تبركاً به ، ثم رتبها الزعفراني على هذا الترتيب الذي عليه اليوم ، والزعفراني هنا تلميذ محمد بن الحسن .

(ومن اشترى عبداً فضمن له رجل بالعهدة فالضمان باطل) هنا ثلاث مسائل ، ضمان العهدة وضمان الدرك وضمان الخلاص . فضمان الدرك جائزة باتفاق أصحابنا ، وضمان العهدة باطل عندهم بالإتفاق ، وضمان الخلاص باطل عند أبي حنيفة وجائز عندهما . وأما ضمان العهدة فقد ذكر في الجامع الصغير أنه باطل ولم يحك خلافاً ،وذكر بعض مشايخنا أن عند أبي حنيفة ضمان العهدة ضمان الدرك .

وذكر الصدر الشهيد في أدب القاضي للخصاف أن تفسير الخلاص والدرك والعهدة واحد عند أبي يوسف ومحمد « رح » وهو الرجوع بالثمن على البيع عند الإستحقاق ، وبه قالت الائمة الثلاثة . وعند أبي حنيفة شرط .

وفي تفسير الصك الاصل الذي كان عند البائع يشترط أن يسلمه إليه ، وهذا شرط لا يفضيه العقد أو لاحد المتعاقدين فيه منفعة فكان باطلا والضمان به باطل أيضاً ، لانه التزام شيء لا يقدر عليه (لان هذه اللفظة) أي لفظة العهده (مشتبهة) في المراد لاشتراكها فلا يجب العمل به قبل البيان لانها (قد تقع) أي قد تطلق (على الصك القديم) لانه وثيقة بمنزلة كتاب العهد فسمى عهدة لانه (وهو) أي الصك القديم (ملك البائع فلا يصح ضمانه وقد تقع على العقد) لان العهدة أخذت من العهد والعهد العقد سواء (وعلى حقوقه) أي وقد تقع هذه اللفظة على حقوق العهد ، لانها من ثمرات العقد (وعلى الدرك) أي وقد يقع على الحديث عهدة الرقيق ثلاثة أيام(وعلى الخيار) ،أي خيار الشرط (ولكل ذلك وجه) يجوز الحمل به عليه فصار بهما (فتعذر العمل بها) قبل البيان فيبطل الضمان للجهالة .

ولكل ذلك وجه فتعذر العمل بها، بخلاف الدرك لأنه استعمل في ضمان الاستحقاق عرفاً . ولو ضمن الخلاص لا يصح عند أبي حنيفة، لانه عبارة عن تخليص المبيع وتسليمه لا محالة، وهو غير قادر عليه . وعندهما هو بمنزلة الدرك وهو تسليم المبيع أو قيمته فيصح .

(بخلاف الدرك) حيث يصح ضمان الدرك (لانه) أي لان ضمان الدرك (استعمل في ضمان الاستحقاق عرفاً) فيصح .

(ولو ضمن الخلاف لا يصح عند أبي حنيفة) وبه قال أحمد في رواية واختاره القاضي الحنبلي (لانه) أي لان ضمان الخلاص (عبارة عن تخليص المبيع) عن الاستحقاق (وتسليمه) أي وتسليم المبيع إلى المشتري (لا محالة وهو غير قادر عليه) لان المبيع إذا خرج حراً أو مستحقاً كيف يخلصه .

(وعندهما) أي وعند أبي يوسف ومحمد « رح » (وهو) أي ضمان الخلاص (بمنزلة الدرك) أي بمنزلة ضمان الدرك (وهو تسليم المبيع) وهو أن يشترط على البائع أن المبيع إن استحق من يده يخلصه (أو قيمته) أو أن يسلم قيمة المبيع إن عجز عن تسليم المبيع ، فاذا كان كذلك (فيصح) أي ضمان الخلاص ، هذا الذي ذكره المصنف ، ذكره المحبوبي في جامعه وقاضي خان .

وقال شمس الائمة تفسير شرط الخلاص أن يشترط على البائع أن المبيع إن استحق من يده يخلصه ويسلمه بأي طريق يقدر عليه وهذا باطل لانه شرط لا يقدر على الوفاء به ، إذ المستحق ربما لا يساعده عليه ، ولهذا ذكر أبو زيد في شروطه أن أبا حنيفة وأبا يوسف « رح » كانا يكتبان في الشروط فما أدرك فلان ابن فلان قبل فلان خلصه أورد الثمن ، وإن لم يذكر رد الثمن يفسد البيع لانه يبقى الضمان بتخليص المبيع ، وانه باطل علم من هذا أن الخلاف فيما إذا ذكر ضمان الخلاص مطلقاً . أما إذا ذكر بخلاص المبيع أو رد الثمن يجوز بالإجماع والله أعلم .

* * *

باب كفالة الرجلين

وإذا كان الدين على اثنين وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه كما إذا اشتريا عبداً بألف درهم وكفل كل واحد منهما عن صاحبه فما أدى أحدهما لم يرجع على شريكه حتى يزيد ما يؤديه على النصف فيرجع بالزيادة ، لان كل واحد منهما في النصف أصيل ، وفي النصف الآخر كفيل ولا معارضة بين ما عليه بحق الاصالة وبحق الكفالة ، لان الاول دين والثاني مطالبة ، ثم هو تابع للأول

(باب كفالة الرجلين)

أي هذا باب في بيان حكم كفالة الرجلين ، ولما ذكر كفالة الواحد عقبه بكفالة الاثنين ، إذ الإثنان بعد الواحد وجوداً ، وكذا ذكراً .

(وإن كان الدين على الاثنين وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه) أي لرب الدين ، وهذا لفظ القدوري في مختصره . وذكر المصنف نظير الدين الكائن على اثنين من الجامع الصغير بقوله (كما إذا اشتريا) أي الإثنان (عبداً بألف درهم وكفل كل واحد منهما عن صاحبه) لما ذكر ، هذا من الجامع أتم لفظ القدوري بقوله (فما أدى أحدهما لم يرجع على شريكه حتى يزيد ما يؤديه على النصف فيرجع بالزيادة) هذا جواب المسألتين ، ثم عللهما بقوله (لان كل واحد منهما في النصف أصيل ، وفي النصف الآخر كفيل ولا معارضة بين ما عليه بحق الاصالة وبحق الكفالة ، لان الاول دين) الاول هو الاصالة وهو دين ، لانه أداء بحقيقة الدين .

(والثاني) هو حق الكفالة (مطالبة) لأن ما عليه بطريق الكفالة من ثمرات الدين وهو المطالبة (ثم هو) أي الثاني وهو المطالبة بالدين بالكفالة (تابع للاول) أي الدين .

فيقع عن الاول وفي الزيادة لا معارضة فيقع عن الكفالة ولانه لو وقع في النصف عن صاحبه فيرجع عليه فلصاحبه ان يرجع عليه ، لان أداء نائبه كأدائه فيؤدي إلى الدور . وإذا كفل رجلان عن رجل بمال على أن كل واحد منهما كفيل عن صاحبه فكل شيء أداه أحدهما

وفي المحيط الدين أقوى من المطالبة ، الا ترى ان الطالب يملك إخراجه عن المطالبة ولا يملك في حق ما لزم الأصيل ، فلما لم يستويا في القوة لم تثبت المعارضة (فيقع عن الأول) أي عن حق الأصالة لأنه أقوى ، لأن الأصل فرق التبع .

(وفي الزيادة) أي على النصف (لا معارضة) لأنه لم يبق معارضة الأصل (فيقع عن الكفالة) فيرجع فيما أدى فيما وراءه النصف (ولأنه) دليل آخر على ذلك أورده بقياس الخلف ، فإنه جعل نقيض المدعي وهو الرجوع على صاحبه مستلزماً للحال وهو رجوع صاحبه عليه المستلزم للدور فإنه قال (لو وقع في النصف عن صاحبه فيرجع عليه فلصاحبه أن يرجع عليه) فلصاحبه ، لكن ليس لصاحبه أن يرجع عليه لانه يؤدي إلى الدور فلم يرجع في النصف عن صاحبه ليرجع عليه .

وقوله (لأن أداء نائبه كأدائه) بيان للملازمة ، وتقريره أن صاحب المؤدي يقول له أنت أديت عني بأمري فيكون ذلك كأدائه . ولو أديت بنفسي كان لي أن أجعل المؤدي عنك ، فإن رجعت علي وأنا كفيل عنك قائماً أجعله عنك فارجع عليك ، لأن ذلك الذي أديته عني فهو كأداء في التقدير .

ولو أديت حقيقة رجعت عليك ففي تقدير أداء كذلك والشريك الآخر يقول مثل ما قال (فيؤدي إلى الدور) ولم يكن في الرجوع فائدة فجعلنا المؤدي عن نصيبه خاصة إلى تمام النصف لينقطع الدور ، بخلاف الزيادة على النصف ، فإنه لو رجع على شريكه بذلك لم يكن لشريكه أن يرجع عليه ، إذ ليس على شريك بحكم الأصالة إلا النصف ، فيفيد الرجوع .

(وإذا كفل الرجلان عن رجل بمال على أن كل واحد منهما كفيل عن صاحبه فكل

رجع على صاحبه بنصفه قليلاً كان أو كثيراً . ومعنى المسألة في الصحيح أن تكون الكفالة بالكل عن الاصيل وبالكل عن الشريك والمطالبة متعددة فيجتمع الكفالتان على ما مر ، وموجبها التزام المطالبة فتصح الكفالة عن الكفيل كما تصح الكفالة عن الاصيل ، وكما تصح الحوالة من المحتال عليه وإذا عرف هذا فما أداه أحدهما وقع شائعاً عنهما إذ الكل كفالة فلا ترجيح للبعض على البعض ، بخلاف ما تقدم

شيء أداه أحدهما رجع على صاحبه بنصفه قليلاً كان أو كثيراً ، ومعنى المسألة في الصحيح) قال تاج الشريعة قوله في الصحيح ، أي كفل كل واحد منهما بمجموع الدين لرب الدين ثم صار كل واحد كفيلاً عن صاحبه بجميع المال . وقال الاكمل وإنما قال في الصحيح لتتأتى الفروع المبنية على ذلك فإنه قال على الاصيل ... إلى آخره ، على ما يأتي عن قريب إن شاء الله تعالى .

وقال الكاكي إنما قال في الصحيح لانه لو جعل كل واحد منهما كفيلا بالنصف لما صح النصف الذي يأتي (أن تكون الكفالة بالكل عن الاصيل وبالكل عن الشريك والمطالبة متعددة) لان كل واحد من الكفيلين مطالب من جهة الاصيل ، ومطالبة بالكل أيضاً من جهة الكفيل (فيجتمع الكفالتان) فتعددت المطالبتان لتعدد الكفالتين (على ما مر) إشارة إلى أن الكفالة التوثق ، وعند اجتماع الكفالتين يزداد التوثق (وموجبها) أي موجب الكفالة (إلتزام المطالبة فتصح الكفالة عن الكفيل كما تصح الكفالة عن الاصيل ، وكما تصح الحوالة من المحتال عليه) أي كما تصح حوالة المحتال عليه بما احمل عليه على آخر ، والجامع بينهما التزام ما وجب .

(وإذا عرف هذا) أي الذي ذكرناه (فما أداه أحدهما وقع شائعاً عنهما إذ الكل كفالة) فيقع شائعاً (فلا ترجيح للبعض على البعض) لان الكل كفالة (بخلاف ما تقدم) أي في المسألة الاولى حيث لا يرجع صاحبه على صاحبه ما لم يزد على النصف ،

فيرجع على شريكه بنصفه ولا يؤدي إلى الدور ، لان قضيته الإستواء وقد حصل برجوع أحدهما بنصف ما أدى فلا ينقض برجوع الآخر عليـــه ، بخلاف ما تقدم ثم يرجعان على الاصيل لانهما أديا عنه أحدهما بنفسه والآخر بنائبه ، وإن شاء رجع بالجميع على المكفول عنه لانه كفل بجميع المال عنه بأمره . قـــال وإذا أبرأ رب المال أحدهما أخذ الآخر بالجميع لان إبراء الكفيل لا يوجـــب براءة

لان أداء النصف كان بحق الاصالة والنصف الآخر بحق الكفالـة (فيرجع على شريكه بنصفه ولا يؤدي إلى الدور ، لان قضيته عقد الكفالة الاستواء) الإستواء بهما في العلـة وهي ضمان الكفالة ، فلما كان كذلك كان لمن أدى ولاية الرجوع على صاحبه بنصف مـا أدى ، لانه مستو لصاحبه في التزام بجهته فوجب أن يستويا في العزم بسببه .

(وقد حصل) أي الإستواء (برجوع أحدهما بنصف مــا أدى فلا ينقض برجوع الآخر عليه) لانه لو رجع الشريك على هذا المؤدى ما بقيت المساواة (بخلاف ما تقدم) لان كل واحد منهم لم يلتزم جميع المال بحكم الكفالة بل التزم نصف المال بشرائه بنفسه بكفالة . ولو لم يكن عن شريكه وجعل المؤدى عن الكفالة يؤدي إلى الدور كما تقدم .

(ثم يرجعان على الاصيل لانهما أديا عنه أحدهما بنفسه والآخر بنائبه) وهو صاحبه الذي كفل عنـــه (وإن شاء رجع) عطف على قوله رجع شريكه بنصفه قليلاً كان أو كثيراً ، أى وإن شاء من أدى فيهما شيئاً رجع (بالجميع) أى بجميع مـــا أدى (على المكفول عنه لانه كفل بجميع المال عنه بأمره) ولو كان أحدهما كفيلا عن المكفول فقط لم يكن له رجوع على الاصيل .

(قال) قيل الظاهر أن قائله محمد . قلت الظـاهر أن قائله المصنف لان المسألة مـا ذكرها إلا شراح الصغير . وقال الاترازي قالوا في شروح الجامع الصغير (وإذا أبرأ رب المال أحدهما) أى أحد الكفيلين (أخـــذ الآخر) أي الكفيل الآخر (بالجميع) أى بجميع الدين (لان إبراء الكفيل لا يوجب براءة الاصيل فبقي المـال كله على الاصيل ،

الاصيل فبقي المال كله على الاصيل والآخر كفيل عنه بكله على ما بيناه ، ولهذا يأخذه به . قال وإذا افترق متفاوضان فلأصحاب الديون أن يأخذوا أيهما شاؤوا بجميع الديون ، لان كل واحد منهما كفيل عن صاحبه على ما عرف في الشركة . ولا يرجع أحدهما على صاحبه حتى يؤدي أكثر من النصف لما مر من الوجهين في كفالة الرجلين .

قال وإذا كوتب العبدان كتابة واحدة وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه فكل شيء أداه أحدهما رجع على صاحبه بنصفه .

والآخر كفيل عنه بكله) أي بكل الدين فيطالب بذلك (على ما بيناه) إشارة إلى قوله وبالكل عن الشريك (ولهذا) أي ولاجل بقاء المال كله على الاصيل (يأخذه به) أي يأخذ رب المال الكفيل الذي لم يبرأ به بجميع الدين .

(قال) أي محمد في الجامع الصغير (وإذا افترق المتفاوضان) أي شريكا المفاوضة وعليهما دين (فلأصحاب الديون أن يأخذوا ايهما شاءوا بجميع الدين ، لان كل واحد منهما كفيل عن صاحبه على ما عرف في الشركة) أي المفاوضة شركة عامة تبتنى على التوكيل من كل واحد منهما صاحبه فيما كان من أعمال التجارة ، وعلى الكفالة بما كان من ضمان التجارة (ولا يرجع أحدهما) أي أحد المتفاوضين (على صاحبه حتى يؤدى أكثر من النصف لما مر من الوجهين في كفالة الرجلين) في مسألة أول الباب .

(قال) أي قال محمد « رح » في الجامع الصغير (وإذا كوتب العبدان كتابة واحدة) بأن قال كاتبتكما على ألف إلى سنة قيد بالكفالة الواحدة ، لأن المولى إذا كاتب كل واحد منهما على حده وكفل أحدهما على الآخر لا يصح ذلك قياساً واستحساناً، إذالكفالة ببدل الكتابة لا تصح بإجماع الأئمة الأربعة،أما لو كانت الكتابة واحدة تصح استحساناً عندنا ، ولا يصح قياساً ، وبه قالت الأئمة الثلاثة (وكلواحد منهما) أي من العبدين (كفيل عن صاحبه فكل شيء أداه أحدهما رجع على صاحبه بنصفه).

ووجهه أن هـــذا العقد جائز استحساناً وطريقه أن يجعل كل واحد منهما أصيلاً في حق وجوب الالف عليه فيكون عتقهما معلقاً بأدائه ويجعـــل كفيلاً بالالف في حق صاحبه وسنذكره في المكاتب إن شاء الله تعالى ، وإذا عرف ذلك فمـــا أداه أحدهما رجع بنصفه على صاحبه لاستوائهما ، ولو رجـــع بالكل لا تتحقق المساواة . قال ولو لم يؤديا شيئاً حتى يعتق المولى أحدهما جاز العتق لمصادفته ملكه وبرىء عن النصف لانه ما رضي بالتزام المال لا ليكون المال وسيلة إلى العتق وما بقي وسيلة فيسقط

(ووجهه أي وجه هذا المذكور (أن هذا العقد جائز استحساناً) لا قياساً لأنه باطل قياساً، لأن الكفالة تبرع والمكاتب لا يملك التبرع (وطريقه) أى طريق جوازه استحساناً (أن يجعل كل واحد منهما أصيلاً في حق وجوب الألف عليه ويكون عتقهما معلقاً بأدائه) أى بأداء كل واحد منهما كأنه قال لكل واحد منهما إن أديت الألف فأنت حر (ويجعل كفيلاً بالألف في حق صاحبه وسنذكره في المكاتب) أى في كتاب المكاتب (إن شاء الله تعالى . وإذا عرف ذلك) أى ما ذكره (فما أداه أحدهما رجع بنصفه على صاحبه لاستوائهما) في العلة وهي أن كل البدل مضمون على أحدهما بعقد الكتابة ، ولهذا لا يعتق واحد منهما ما لم يؤد جميع البدل .

(ولو رجع بالكل) أى بكل الألف الذي هو البدل (لا تتحقق المساواة) وكـذا إذا لم يرجـع بشيء (وإن لم[1] يؤديا شيئاً حتى أعتق المولى أحدهما جاز العتق لمصادفته ملكه) أى لمصادفته العتق المولى (وبرىء عن النصف) أى وبرىء العتق عن نصـف البدل (لأنه ما رضي بالتزام المال إلا ليكون المال وسيلة إلى العتق وما بقي وسيلة فيسقط)

---

(١) قال ولو لم يؤديا - هامش .

ويبقى النصف على الآخر ، لان المال في الحقيقة مقابل برقبتهما ، وإنما جعل على كل واحد منهما احتيالاً لتصحيح الضمان. وإذا جاء العتق عنه استغنى عنه فاعتبر مقابلاً برقبتهما ، فلهذا يتنصف ، وللمولى أن يأخذ بحصة الذي لم يعتق أيهما شاء المعتق بالكفالة وصاحبه بالاصالة ، فإن أخذ الذي أعتق رجع على صاحبه بما يؤدي ، لانه مؤد عنه بأمره ، وإن أخذ الآخر لم يرجع على المعتق بشيء ، لانه أدى عن نفسه والله أعلم .

أي النصف (ويبقى النصف على الآخر) أي يبقى النصف الآخر على العبد الآخر (لأن المال في الحقيقة مقابل برقبتهما) حتى يكون موزعاً منقسماً عليهما (وإنما جعل على كل واحد منهما احتيالاً لتصحيح الضمان) بأن يجعل كأن كل البدل على كل واحد منهما بحكم الأصالة لا الكفالة ، فكان ضرورياً لا يتعدى غير موضعهما .

(وإذا جاء العتق استغنى عنه) أي عن الاحتمال (فاعتبر مقابلا برقبتهما فلهذا يتنصف) وعورض بأنه إذا كان مقابلا بهما كان على كل واحد منهما بعضه فيجب أن لا يصح الرجوع ما لم يزد المؤدي على النصف لئلا يلزم الدور كما مر .

وأجيب بأن الرجوع بنصف ما أدى إنما هو للتحرز عن تفرق الصفة على المولى ، لان المؤدى لو وقع عن المؤدى على الخصوص بريء بأدائه عن نصيبه وعتق ، لأن المكاتب إذا أدى ما عليه من بدل الكتابة عتق والمولى شرط عليهما أن يؤديا جميعاً ومعتقاً جميعاً ، فكان كالتخصيص إضرار للمولى بتفريق الصفقة فأوقعنا المؤدى عنهما جميعاً ، وإذا بقي النصف على الآخر .

(وللمولى أن يأخذ بحصة الذي لم يعتق أيهما شاء) أي العبدين المكاتبين (المعتق) بفتح التاء ، أي يأخذ المعتق (بالكفالة وصاحبه بالأصالة ، فإن أخذ الذي أعتق رجع على صاحبه بما يؤدي لأنه مؤد عنه بأمره وإن أخذ الآخر لم يرجع) أي الآخر (على

المعتق بشيء ، لأنه أدى عن نفسه والله أعلم) قال الأترازي ولنا فيه نظر ، لأن مطالبة المولى المعتق بحكم الكفالة والكفالة ببدل الكفاية لا تجوز ، وإذا سقط النصف بالعتق سقط مطالبة بالأصالة وبقي المطالبة بالكفالة وهي باطلة ، فينبغي أن لا يطالبه المعتق أصلاً ، انتهى . والجواب عنه أن الكفالة ببدل الكتابة ابتداء لا تجوز ، ولهذا جعلنا البدل على كل واحد منهما تصحيحاً للكتابة على هذا الوجه بقدر الإمكان ، أما بعد عتق أحدهما صار كفيلاً عن المعتق ببدل الكتابة بقاء ، فيجوز ذلك بقاء وإن لم يجز ابتداء والله أعلم .



باب كفالة العبد وعنه

ومن ضمن عن عبد مالاً لا يجب عليه حتى يعتق ولم يسم حالاً ولا غيره فهو حال ، لأن المال حال عليه لوجود السبب وقبول الذمة ، إلا أنه لا يطالب بـه لعسرته أو جميع ما في يده ملك المولى ولم يرض بتعلقه به في الحال والكفيل غير معسر ، كما إذا كفل عن غائب أو مفلس ،

(باب كفالة العبد وعنه)

أى هذا باب في بيان كفالة العبد عن الآخر وكفالة الآخر عن العبد وآخر هـذا الباب ، لان الحر مقدم على العبد لشرفه .

(ومن ضمن عن عبد مالاً لا يجب عليه حتى يعتق) لا يجب عليه صفته لقوله مالا لا يجب جواب المسألة ، إذ هي جملة فعلية وقعت صفة للنكرة . وجواب المسألة هوقوله فهو حال ، صورة المسألة في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في العبـد الذي يستهلك المال الذي لا يجب عليه حتى يعتق فضمنه رجل ولم يسم حالا ولا غير حـال ، وهو معنى قوله (ولم يسم حالاً ولا غيره فهو حال) أى الضمان على الكفيل حال (لأن المال حال عليه) أى على العبد (لوجود السبب وقبول الذمة ، إلا أنه) أي أن العبـد (لا يطالب به لعسرته ، إذ جميع ما في يده لمولاه ولم يرض) أى المولى (بتعلقه به) أى بتعلق الدين بالعبد .

(والكفيل غير معسر فصار كما إذا كفل عن غائب) فإن الكفيل يؤخذ به في الحال إن عجز الطالب عن مطالبة الأصيل (أو مفلس) بتشديد اللام المفتوحة ، أى فصـار أيضاً كما إذا كفل عن مفلس فإنه يؤاخذ به في الحال.

بخلاف الدين المؤجل لأنه متأخر بمؤخر ثم إذا أدى رجع على العبد بعد العتق ، لأن الطالب لا يرجع عليه إلا بعد العتق ، فكذا الكفيل لقيامه مقامه . ومن ادعى على عبد مالاً وكفل له رجل بنفسه فمات العبد وبرىء الكفيل لبراءة الأصيل ، كما إذا كان المكفول بنفسه حراً . قال فإن ادعى رقبة العبد وكفل به رجل فمات العبد فأقام المدعي البينة أنه كان له ضمن الكفيل قيمته ،

(بخلاف الدين المؤجل) حيث يؤخذ الكفيل به بعد الأجل (لأنه) أى لأن الدين (متأخر بمؤخر) بكسر الخاء المشددة ، أراد أن الدين المؤجل إذا كفل بواحد لا يطالب قبل حلول الأجل ، لأن الدين ثمة أخر بمؤخر وقد التزم الكفيل ذلك فلزمه كذلك مؤجلا (ثم إذا أدى) أى الكفيل عن العبد المكفول (رجع على العبد بعد العتق ، لأن الطالب لا يرجع عليه إلا بعد العتق فكذلك الكفيل) لا يرجع عليه إلا بعد العتق (لقيامه مقامه) أى لقيام الكفيل مقام الطالب في المطالبة .

(قال) أى محمد في الجامع الصغير (ومن ادعى على عبد مالا وكفل له رجل بنفسه فمات العبد برىء الكفيل لبراءة الأصيل) لأنه كفل عن العبد بتسليم نفسه فسقط التسليم عن الأصيل بموته فيسقط عن الكفيل أيضاً ، لأن براءة الأصيل توجب براءة الكفيل (كما إذا كان المكفول بنفسه حراً) حيث يبرأ الكفيل ببراءة الأصيل هنا أيضاً . والحاصل أن الكفالة بالنفس لا تفاوت بين ما إذا كان المكفول بنفسه حراً أو عبداً . وقال الكاكي وهذا الحكم لا يختلف إلا أنه ذكر العبد ها هنا ليبني المسألة الثانية عليها ويفرق بينهما .

(فإن ادعى رقبة العبد فكفل به) أى بالعبد (رجل فمات العبد فأقام المدعي البينة أنه كان له ضمن الكفيل قيمته) قبل إثبات ذلك بالبينة لأنه لو ثبت ملك المدعي بإقرار ذي اليد أو بنكوله عند التحليف وقد مات العبد في يد ذي اليد قضى بقيمة

لأن على المولى ردها على وجه تخلفها قيمتها وقد التزم الكفيل ذلك وبعد الموت تبقى القيمة واجبة على الأصيل فكذا على الكفيل بخلاف الأولى . قال وإذا كفل العبد عن مولاه بأمره فعتق فأداه بعد العتق لم يرجع واحد منهما على صاحبه . وقال زفر « رح » يرجع ،

العبد على المدعى عليه ولا يلزم على الكفيل شيء ، لأن إقراره غير حجة على الكفيل إلا إذا أقر الكفيل بما أقر به الأصيل . وقال التمرتاشي لا يصدق ذو اليد في موت العبد ويحبس هو والكفيل ، فإن طال الحبس ضمناه القيمة ، وكذا الوديعة المجحودة (لأن على المولى ردها) أى رد الرقبة على ذي اليد (على وجه تخلفها قيمتها) أى تخلف نفس العبد قيمته نفس العبد عند العجز عن ردها (وقد التزم الكفيل ذلك) لأن الكفالة تحمل الضمان عن الغير (وبعد الموت تبقى القيمة واجبة على الأصيل) .

(فكذا على الكفيل) لأن ضمان القيمة وجب على الاصيل ووجب على الكفيل أيضاً لانه التزم المطالبة بما على الأصيل وقد انتقل الضمان في حق الاصيل إلى القيمة فينتقل في حق الكفيل أيضاً (بخلاف الاولى) أى المسألة الاولى حيث لم يجب الضمان على المولى فلا يجب على الكفيل أيضاً . وفي بعض النسخ بخلاف الاول . قال الاكمل رحمه الله أى بخلاف الضمان الاول ، لان محل ما التزمه وهو العبد قد مات ويسقط عن العبد تسليم نفسه فكذا عن كفيله .

(قال) أى محمد في الجامع الصغير (وإذا كفل العبد عن مولاه بأمره) قيد بالامر إذ كفالة العبد بغير إذن سيده لا يجوز بإجماع الفقهاء إلا عند الشافعي في وجه ، وبإذن سيده يجوز إلا في المأذون المستغرق بالدين لا تجوز الكفالة ، وبه قال مالك (فعتق فأداه) أي المال المكفول به (بعد العتق) أى بعد أن أعتقه مولاه (ولم يرجع) جواب المسألتين (واحد منهما) أى من المولى والعبد (على صاحبه . وقال زفر يرجع) أى كل واحد منهما .

ومعنى الوجه الأول أن لا يكون على العبد دين حتى تصح كفالته بالمال على المولى إذا كان بأمره ، أما كفالته عن العبد فتصح على كل حال له أنه تحقق الموجب للرجوع وهو الكفالة بأمره والمانع وهو الرق قد زال . ولنا أنها وقعت غير موجبة للرجوع لأن المولى لا يستوجب على عبده ديناً ، وكذا العبد على مولاه فلا تنقلب موجبة أبداً كمن كفل عن غيره بغير أمره فأجازه ، ولا تجوز الكفالة بمال الكتابة حر تكفل به أو عبد لأنه دين ثبت مع المنافي

(ومعنى الوجه الأول) وهو كفالة العبد عن مولاه بأمره (أن لا يكون على العبد دين حتى تصح كفالته بالمال عن المولى إذا كان بأمره) وفي بعض النسخ أن يكون على العبد دين ، وهذا كان مصححاً بخط الثقات وهو الاصح ، لانه لو كان على العبد دين مستغرق لم تصح كفالة لحق الغرماء ، وإن كان بإذن السيد (أما كفالته) أى كفالة المولى (عن العبد فتصح على كل حال) يعني سواء كانت الكفالة بالمال أو بالنفس أو على العبد دين أولا .

(له) أى لزفر ، وبه قال الشافعي (أنه) أى أن الشأن (يتحقق الموجب) بكسر الجيم (للرجوع وهو الكفالة بأمره والمانع وهو الرق قد زال) يعني امتناع الكفالة كان المانع الرق ، لان العبد لا يستوجب على مولاه ديناً وقد زال المانع فيرجع .

(ولنا أنها) أى أن الكفالة (وقعت) حال كونها (غير موجبة للرجوع ، لان المولى لا يستوجب على عبده ديناً) أى لا يستحق (وكذا العبد) لا يستوجب (على مولاه فلا تنقلب) أى الكفالة (موجبة أبداً كمن كفل عن غيره بغير أمره فأجازه) أى الغير أجاز ذلك لا يرجع ، فكذا هذا .

(ولا تجوز الكفالة بمال الكتابة حر تكفل به) أى بمال الكتابة (أو عبد) أى الوعد تكفل به (لانه دين) أى لان مال الكتابة دين غير مستقر ، لانه (ثبت مع المنافي)

فلا يظهر في حق صحة الكفالة ، ولأنه لو عجز نفسه سقط ولا يمكن إثباته على هذا الوجه في ذمة الكفيل واثباته مطلقا ينافي معنى الضم ،

وهو الرق (فلا يظهر) أي دين بدل الكتابة (في حق صحة الكفالة) وبه قال أكثر أهل العلم . وعن أحمد في رواية تصح لانه دين كسائر الديون ، والاصح عنده أيضاً لان الكفالة به غير جائزة .

وفي النهاية التخصيص بمال الكتابة غير مفيد ، فإنه كما لا تجوز الكفالة بمال الكتابة عن المكاتب للمولى لا تجوز بدين آخر للمولى سوى مال الكتابة على المكاتب ذكره في المبسوط . ولو كان للمكاتب دين على مولاه ولم يكن ذلك الدين من جنس الكفالة فكفل به رجل للمكاتب عن المولى صح ، لان الاصيل مطلوب بهذا المال مطلقاً فتصح الكفالة .

أما العبد التاجر أدان مولاه ديناً ولا دين على العبد وأخذ منه كفيلاً بذلك فالكفالة باطلة وإن كان العبد مديوناً صحت الكفالة ، لأن كسبه حق الغرماء فكان الدين واجباً في ذمته كما في ذمة غيره فصحت الكفالة ، والكفالة بالنفس مثل ذلك ، فإن العبد إن كان لا دين عليه لا يصح ، وإن كان عليه دين صح .

(ولانه) دليل آخر على عدم استقرار مال الكتابة ، أي ولان المكاتب (لو عجز نفسه سقط) أي بدل الكتابة (ولا يمكن إثباته على هذا الوجه في ذمة الكفيل) دليل آخر على المدعى وهو عدم صحة الكفالة ببدل الكتابة ، ويدل على هذا الوجه ، أي إثبات عقد الكفالة مع سقوط بدل الكتابة بتعجيز النفس في ذمة الكفيل لا يمكن (واثباته مطلقاً) أي وإثبات دين الكتابة مطلقاً (ينافي معنى الضم) الذي هو ركن الكفالة .

وفي المبسوط ولو أثبتناه مطلقاً على الكفيل كنا أوجبناه في ذمة الكفيل أكثر ما هو واجب في ذمة الاصيل وذا لا يجوز ، إذ يجب على الكفيل بالصفة التي تجب على الاصيل

لأن من شرطه الاتحـــاد وبدل السعاية كمال الكتابة في قول أبي حنيفة رحمه الله ، لأنه كالمكاتب عنده .

تحقيقاً لمعنى الضم (لان من شرطه) أي من شرط الضم (الاتحاد) في صفـــة الواجب بالكفالة تحقيقاً لمعنى الضم والمطلق غير المقيد.

(وبدل السعاية كمال الكتابة عند أبي حنيفة) يعني أن الكفالة ببدل الكتابـة لا تجوز فكذلك لا تجوز ببدل السعاية (لانه) أي لان المستسعى (كالمكاتب عنده) أي عند أبي حنيفة في عدم قبول الشهادة وتزوج المرأتين والحدود وغيرها ، لكن على اعتبار النكتة الاولى وهو قوله لانه ثبت مع المنافي ... إلى آخره لا على اعتبار النكتة الثانية ، لان المستسعى لا يسقط عنه بدل السعاية بتعجيز النفس ، والله أعلم .



كتاب الحوالة

(كتاب الحوالة)

أي هذا كتاب في بيان أحكام الحوالة . وجه المناسبة بين الحوالة والكفالة ظاهرة لما في كل منهما التزام ما على الاصيل ، ولهذا يجوز استعارة إحداهما للأخرى ، حتى كانت الحوالة بشرط عدم براءة الاصيل كفالة ، والكفالة بشرط براءة الاصيل حوالة اعتباراً للمعنى . وأما وجه تأخير الحوالة لانها مبرئة عندنا ، والكفالة غير مبرئة والاصل عدم البراءة بعد ثبوت المطالبة والحوالة في اللغة النقل .

وفي المغرب أصل تركيب الحوالة يدل على الزوال والنقل ، ومنه التحويل وهو نقل الشيء من محل إلى محل يقال أحلت زيداً بما على رجل فاحتال ، أى قبل الحوالة ، وهنا أربعة أشياء ، المحيل وهو الذي عليه الدين ، والمحتال له وهو الدائن . والمحتال عليه وهو الذي قبل الحوالة . والمحتال به وهو المال . وأصل محتال محتول بكسر الواو في الفاعل وبفتحها في المفعول ، وهي في اصطلاح الفقهاء تحول الدين من ذمة الأصيل إلى ذمة المحتال عليه على سبيل التوثق به .

واختلف المتأخرون من مشايخنا أن الحوالة توجب البراءة عن الديون والمطالبة جميعاً ، أو عن المطالبة دون الدين . فقال بعضهم عن المطالبة والدين جميعاً ، حتى أن المحتال له لو أبرأ المحتال عليه عن دين الحوالة أو وهب منه صح .

ولو أبرأ المحيل أو وهب منه لم يصح ، ولو بقي الدين على المحيل صح . وقال بعضهم توجب البراءة عن المطالبة دون الدين ، حتى أن المحتال له متى أبرأ المحتال عليه عن الدين فالمحتال عليه لا يرجع على المحيل بشيء وإن كانت الحوالة بأمر المحيل . ولو وهب الدين من المحتال عليه رجع إن لم يكن للمحيل عليه دين كالجواب في الكفيل .

قال وهي جائزة بالديون،قال عليه السلام من أحيل على مليء فليتبع . ولأنه التزام ما يقدر على تسليمه فتصح كالكفالة ، وإنما اختص بالديون لأنها تنبىء عن النقل والتحويل ، والتحويل في الدين لا في العين .

وكذا لو أبرأ المحتال عليه لا يرتد برده ، ولو وهب يرتد برده كالجواب في الكفيل. ولو كان المحتول إلى المحتال عليه المطالبة والدين جميعاً كان الابراء والهبة في حقه سواء فيرتد برده كما في حق الأصيل . ولو وكل المحتال له المحيل بقبض ما على المحتال عليه لا يصح ، ولو لم يكن عليه الدين صح .

(قال وهي) أي الحوالة (جائزة بالديون) لأنها مأخوذة من التحويل وتحويل الدين من ذمة إلى ذمة ممكن ، فأما الأعيان فالحق المتعلق بها التسليم وذلك لا يكون تحويله إلى غيره ، فلهذا لم تصح الكفالة فيها (لقوله عليه السلام) أي لقول النبي ﷺ (من أحيل على مليء فليتبع) الحديث رواه أحمد في مسنده عن سفيان عن أبي الزناد عن الأعرج عن أبي هريرة رضي الله عنه قال ، قال رسول الله ﷺ مطل الغني ظلم ، ومن أحيل على مليء فليحتل .

ورواه البخاري ومسلم عن أبي الزناد به بلفظ وإذا اتبع أحدكم على مليء فليتبع . وبلفظ المصنف رواه الطبراني في معجمه الوسيط مع زيادة في أوله عن محمد بن عجلان عن أبي الزناد عن الأعرج عن أبي هريرة قال ، قال رسول الله ﷺ مطل الغني ظلم ، ومن أحيل على مليء فليتبع . وكذلك رواه الترمذي ومعناه إذا أحيل أحدكم على مليء فليحتل ، كذا فسره الترمذي .

(ولأنه) أي ولأن المحتال عليه (التزم ما يقدر على تسليمه) أي على إيفاء ما التزمه (فتصح كالكفالة) لأن كل واحد منهما التزام بما على الأصيل فيصح دفعاً للحاجة (وإنما اختص) أي عقد الحوالة أو الحوالة باعتبار التحويل (بالديون لأنها) أي لأن الحوالة (تنبىء عن النقل والتحويل ، والتحويل) الشرعي (في الدين لا في العين) في التحويل في العين الحسي .

قـــال وتصح الحوالة برضـاه المحيل والمحتال والمحتال عليه . أمـا المحتـــال فلان الدين حقه والذي ينتقل بها والذمم متفاوتة فلا بد من رضاه ، وأما المحتال عليه فلأنه يلزمه الدين ولا لزوم بدون التزامه . وأما المحيل فالحوالة تصح بدون رضاه ، ذكره في الزيادات لأن التزام الدين من المحتال عليه تصرف في حق نفسه وهو لا يتضرر به بل فيه نفعه لأنه لا يرجع عليه

(قال) أي القدوري رحمه الله (وتصح الحوالة برضاء المحيل والمحتال والمحتـــال عليه . أما المحتال) وهو الدائن (فلأن الدين حقه وهو الذي ينتقل بها) أي الدين الذي ينتقل بالحوالة (والذمم متفاوتة) في المطالبة (فلا بد من رضاه) أي رضى المحتال له . ولا خلاف في اشتراط رضاه لأهل العلم .

(وأما المحتال عليه) أي وأما رضى المحتال عليه (فلأنه يلزم الدين ولا لزوم بدون التزامه) وبه قال الشافعي في وجه . وقيل انه منصوص في الإمام ، وأصحهما عنده أنــه لا حاجة إلى رضاه إذا كان عليه دين للمحيل ، وبه قال مالك وأحمد ، لأنه محل التصرف فلا يشترط رضاه ، كما لو باع عبداً لا يشترط رضى العبد. وأما إذا لم يكن للمحيل عليه دين فيشترط رضاه بالإجماع .

(وأما المحيل) أي المديون (فالحوالة تصح بـــدون رضاه ، ذكره في الزيادات) والقدوري شرط رضاه كما نقل المصنف عنـه بقوله ويصح برضى المحيل والمحتال والمحتال عليه قيد بشرط رضى الثلاثة . قال الأكمل عسى يعلل القدوري بـــأن ذوي المروءات قد يأنفون بتحمل غيرهم مـــا عليهم من الدين فلا بد من رضاهم . ثم قال ولعل موضوع ما ذكر أن يكون المحيل على المحتال عليه دين بقدر ما يقبل الحوالة ، فإنها حينئذ تكون إسقاط مطالبة المحيل على المحتال عليه فلا تصح إلا برضاه (لأن التزام الدين من المحتال عليه تصرف في حق نفسه وهو) أى المحيل وهو المديون (لا يتضرر به) أى بتصرف المحتال عليه في حق نفسه (بل فيه نفعه) أى نفع المحيل (لأنه لا يرجع عليه

إذا لم يكن بأمره . قال وإذا تمت الحوالة برىء المحيل من الدين بالقبول وقال زفر رحمة الله عليه لا يبرأ اعتباراً بالكفالة ، إذ كل واحد منهما عقد توثق . ولنا أن الحوالة النقل لغة ، ومنه حوالة الغراس ، والدين متى انتقل عن الذمة لا يبقي فيها ، أما الكفالة فللضم والأحكام الشرعية على وفاق المعاني اللغوية ،

إذا لم يكن بأمره) هذا فائدة عدم اشتراط رضى المحيل انه إذا كان له عليه دين لا يرجع المحتال عليه بما أدى بل يتقاصان .

(قال) أى القدورى (وإذا تمت الحوالة) بقبول المحتال له والمحتال عليه والمحيل (برىء المحيل من الدين بالقبول) ولا يرجع الطالب بالدين عليه أبداً إلا بالنوى ، وهذا عند عامة الفقهاء . وعن الحسن أنه لا يرى الحوالة براءة ، إلا أن يبرئه (وقال زفر لا يبرأ اعتباراً بالكفالة إذ كل واحد منها عقد توثق) أي لأن كل واحد من الحوالة والكفالة عقد توثق بحق الكفالة .

(ولنا أن الحوالة النقل لغة) أى معناها من حيث اللغة بدل كما مر ، والكفالة الضم لغة وتختص كل اسم بموجب معنى ذلك الإسم (ومنه حوالة الغراس) جمع غرس بالفتح . وفي العباب الغرس الشجر الذي يغرس ، والجمع غراس وإغراس (والدين متى انتقل عن الذمة لا يبقى فيها) أي في الذمة وتبقى الذمة الأولى فارغة ، لأنك إذا حولت الشيء من موضع إلى موضع بقي مكان الأول فارغاً لا محالة .

(أما الكفالة فللضم) لأنها مشتقة من الكفل وهو ضم الشيء إلى الشيء ، وضم الشيء إلى الشيء لا يوجب فراغ الأول إلا أن يكون بشرط براءة الأصيل فتصير حوالة ، لأنها في معنى الحوالة (والأحكام الشرعية على وفاق المعاني اللغوية) يعني أن العمل بمعاني اللغات واجب في الأحكام الشرعية ، فلما كان كذلك قلنا إن الكفالة هي الضم لغة وهو لا يقتضي البراءة والحوالة والنقل ، وهو يقتضي البراءة . واعترض بالحوالة بغير أمر المحيل ، فإنها حوالة صحيحة كما مر ولا نقل فيها ولا تحويل ، وهذا نقض إجمالي .

والتوثق باختيار الإملاء والأحسن في القضاء ، وإنما يجبر على القبول إذا فقد المحيل ، لأنه يحتمل عود المطالبة إليه بالتوى فلم يكن متبرعاً قال ولا يرجع المحتال على المحيل إلا أن يتوى حقه . وقال الشافعي « رح » لا يرجع وإن توى ،

والجواب انا لا نسلم أن لا نقل فيها ، فإنه بعداد الدين فظاهر المتحقق ، ولهذا لا تبقي على المحيل شيء .

(والتوثق) جواب عن قول زفر أن الحوالة ليست مبرئة لانها للتوثق . وتقرير الجواب أن معنى التوثق ليس كما ذكره ، بل معناه (باختيار الإملاء) أى الأقدر على الإيفاء (والأحسن في القضاء) حتى لا يماطل في قضاء الدين ويؤديه أجزز[1] وأرجح مما كان ، ، وهذا لا يدل على أن الحوالة ليست بمبرئة (وإنما يجبر على القبول) هذا جواب عن سؤال مقدر ، وهو أن في الحوالة لو كان نقل كما أخبر الطالب المحيل إذا نقد المحيل لأنه حينئذ يكون متبرعاً في قضاء الدين ، والمتبرع لو قضى دين غيره لا يجبر الدائن على القبول .

وتقرير الجواب أن يقال إنما يجبر المحتال له على القبول (إذا فقد المحيل ، لأنه يحتمل عود المطالبة إليه) أى إلى الدائن (بالتوى) وسيجيء معناه عن قريب ، لأنه إنما ينتقل إلى ذمة أخرى بشرط السلامة ، فإذا توى يرجع (فلم يكن) أى المحيل (متبرعاً) يعني في القضاء .

(قال) أى القدوري (ولم يرجع المحتال على المحيل إلا أن يتوى حقه) هذا عطف على قوله برىء المحيل ، يعني إذا تمت الحوالة بالقبول برى المحيل ولم يرجع المحتال على المحيل بشيء إلا أن يتوى حقه على ما يأتي فى معنى التوى (وقال الشافعي « رح » لا يرجع وإن توى) بموت أو إفلاس أو بغير ذلك ، وبه قال أحمد والليث وأبو عبيد وابن المنذر .

---

(١) هكذا رسمت الكلمة في الأصل .

لأن البراءة قد حصلت مطلقة فلا يعود إلا بسبب جديد . ولنا أنها مقيدة بسلامة حقــه له إذ هو المقصود أو تفسخ الحوالة لفواته لأنه قابل للفسخ ، فصار كوصف السلامة في المبيع . قال والتوى عند أبي حنيفة « رح » أحد الأمرين وهو إما أن يجحد الحوالة ويحلف ولا بينة له عليه أو يموت مفلساً

وعن احمد إذا كان المحتال عليه مفلساً ولم يعلم المطالب بذلــك فله الرجوع إلا أن يرضى به بعد العلم ، وبه قال مالك (لأن البراءة قد حصلت مطلقــة) أي لأن البراءة للمحيل قد حصلت مطلقة عن قيد الرجوع على المحيل عند التوى (فلا يعود إلا بسبب جديد) كما في الإبراء . وقال تاج الشريعة قوله إلا بسبب جديد وذلك أن يحيل المحتال عليه المحتال على المحيل .

(ولنا أنها) أي البراءة (مقيدة بسلامة حقه له) يعني أنها مقيدة بشرط السلامة ، يعني وإن كانت مطلقة لفظاً بدلالة الحال (إذ هو المقصود) أي وصول الحق إلى المحتال له سالماً هو المقصود من الحوالة (أو تفسخ الحوالة لفواته) أي لفوات المقصود (لأنــه) أي لأن عقد الحوالة (قابل للفسخ) لأنهما لو تفاسخا عقد الحوالة ينفسخ ولو لم يكن قابلاً للفسخ لما انفسخ (فصار كوصف السلامة في المبيع) يعني أن المشتري إذا وجد بالمبيــع عيباً رجع بنقصان العيب وإن لم يشترط الرجوع فكذلك ها هنا لمــا حصل التوى ، فإن المقصود وهو سلامة الحق في البيع لأنه سلامة المبيع فيرجع بالدين على المحيل .

(قال) أي القدوري (والتوى عند أبي حنيفة رضي الله عنه أحد الأمرين ، وهــو إما أن يجحد) أي المحتال عليه (الحوالة ويحلف ولا بينة له) أي للمحتال له (عليــه) أي على المحتال عليه (أو يموت) أي المحتال عليه حال كونه (مفلساً) ولم يترك كفيلاً على نفسه للمحتال عليه ولا مالاً معيناً ولا ديناً . وفي الطلبة يقال أفلس أي صار أفلس بعــد أن كان صاحــب دراهم أو دنانير ، فاستعمل مكان افتقر ، وفلســه القاضي أي

لأن العجز عن الوصول يتحقق بكل واحد منهما وهو التوى في الحقيقة وقالا هذان الوجهان ووجه ثالث وهو أن يحكم الحاكم بإفلاسه حال حياته ، وهذا بناء على أن الأفلاس لا يتحقق بحكم القاضي عنده خلافاً لهما ، لأن المال غاد ورائح . قال وإذا طالب المحتال عليه المحيل بمثل مال الحوالة فقال المحيل أحلت بدين لي عليك لم يقبل قوله إلا بحجة ،وكان عليه مثل الدين ، لأن سبب الرجوع قد تحقق وهو قضاء دينه بأمره ، إلا

قضى بإفلاسه حين ظهر له حاله (لأن العجز عن الوصول يتحقق بكل واحد منهما)أي من الوجهين المذكورين (وهو التوى في الحقيقة) أي هذا المذكور هو التوى ، وهو من توى الشيء يتوى توى إذا تلف مقصور غير مهموز ، وهو توى وقاء ، كذا في الجمهرة لابن دريد .

(وقالا) أي أبو يوسف ومحمد (هذان الوجهان) أي التوى (ووجه ثالث وهو أن يحكم الحاكم بإفلاسه حال حياته) بالشهود (وهذا الإختلاف) بين أبي حنيفة وصاحبيه (بناء أن الإفلاس لا يتحقق بحكم القاضي عنده) أي عند أبي حنيفة (خلافاً لهما) فإن عندهما يتحقق بحكم القاضي ، وبه قالت الأئمة الثلاثة « رح »حتى يعتبر في حق إخراجه من السجن ، وكذا في حق غيره (لأن مال الله تعالى غاد ورائح) هذا دليل أبي حنيفة . وفي المبسوط قد يصبح الرجل فقيراً ويمسي غنياً بأن مات قريب له وترك مالاً كثيراًميراثاً ولا يعلم به . قوله غاد فاعل من غدا يغدو غدواً ، والغدو يقبض الرواح فاعل إعلال قاض . ورائح من راح يروح رواحاً وهو نقيض الغدو ، وصح من زوال الشمس إلى الليل .

(قال) أي القدوري (وإذا طالب المحتال عليه المحيل بمثل مال الحوالة فقال المحيل أحلت بدين لي عليك لم يقبل قوله إلا بحجة ، وكان عليه) أي على المحيل (مثل الدين ، لأن سبب الرجوع) وهو قضاء الدين بالأمر كما يقول المصنف (قد تحقق فهو) أي سبب الرجوع (قضاء دينه) أي دين المحيل (بأمره) أي بأمر المحيل (إلا أن المحيل يدعي

أن المحيل يدعي عليه ديناً وهو منكر والقول للمنكر ، ولا تكون الحوالة إقراراً منه بالدين عليه لأنهـــا قد تكون بدونه . قال وإذا طالب المحيل المحتال بما أحاله به فقال إنما أحلتك لتقبضه لي ، وقال المحتـال لا بل أحلتني بدين كان لي عليك فالقول قول المحيل ، لأن المحتال يدعي عليه الدين وهو ينكر ولفظة الحوالة مستعملة في الوكالة فيكون القول قوله مع يمينه . قال ومن أودع رجلاً ألف درهم وأحال بها عليه آخر فهو جائز

ديناً عليه وهو منكر ، والقول للمنكر) لأن الفراغ أصل في الذمم ، والمحيل متمسك بالأصل والطالب يدعي العارض ، فكان اعتبار الأصل أولاً ، وبه قال الشافعي في وجه القول للطالب ، وبه قال أحمد في الصحيح عنه .

(ولا تكون الحوالة) جواب عما يقال لم لا يجوز أن تكون الحوالة (إقراراً منـــه بالدين عليه) وتقرير الجواب أن يقال أن الحوالة لا تكون إقراراً منه بالدين (لأنها) أي لأن الحوالـــة (قد تكون بدونه) أي بدون الدين من المحال عليـــه فيجوز انفكاكها عنه .

(قال) أي القدوري (وإذا طالب المحيل المحتال بما أحاله به فقال إنمـــا أحلتك لتقبضه لي ، وقال المحتال لا بل أحلتني بدين كان لى عليك فالقول قول المحيل ، لأن المحتال يدعي عليه الدين وهو ينكر ، ولفظة الحوالة) جواب عما يقال الحوالة حقيقة في نقل الدين ، ودعوى المحيل أنه أحاله ليقبضه له خلاف الحقيقة بلا دليل . فأجاب بقوله ولفظة الحوالة (مستعملة في الوكالة) يعني مجازاً لمـا في الوكالة من نقل التصرف من الموكل إلى الوكيل فيجوز أن يكون مراده من لفظة ذلك فيصدقه (فيكون القول قوله مـــع يمينه) لأن في ذلك نوع مخالفة الظاهر .

(ومن أودع رجلاً ألف درهم وأحال بها) أي بالألف (عليه آخر) أى على المودع شخصاً آخر (فهو جائز) هذه من مسائل الجامع الصغير ، وصورتها فيه محمد عن يعقوب

لأنه أقدر على القضاء وإن هلكت برىء لتقيدها بها ، فإنه ما التزم الأداء إلا منها ، بخلاف ما إذا كانت مقيدة بالمغصوب ، لأن الفوات إلى خلف كلا فوات وقد تكون الحوالة مقيدة بالدين أيضاً ،

عن أبي حنيفة في رجل أودع رجلا ألف درهم ولرجل على المودع ألف درهم فأحال المودع الذي له الألف بألفه على المستودع بالألف الذي عنده قال جائز وهو ضامن (لأنه أقدر على القضاء) دليل الجواز ، أي لأن المودع بفتح الدال وهو المحتال عليه أقدر على قضاء مال الحوالة من الوديعة (فإن هلكت) أي الألف الوديعة (برىء) أي المودع وهو المحتال عليه (لتقيدها بها) أي لتقيد الحوالة بالألف الوديعة (فإنه ما التزم الأداء إلا منها) أي من الألف الوديعة وذلك كالزكاة المتعلقة بنصاب معين تسقط بهلاك ذلك النصاب المعين .

(بخلاف ما إذا كانت) أي الحوالة (مقيدة بالمغصوب) المعين حيث لا تبطل بهلاكه بل تبقى الحوالة متعلقة بمثله أو بقيمته ، إذ هلاك المغصوب في يد الغاصب يوجب المثل أو القيمة ، فصار كلا فوات ، أشار إليه بقوله (لأن الفوات إلى خلف) وهو القيمة (كلا فوات) فكان باقياً حكماً ، وقيد الحوالة بالمغصوب بيان لجواز الحوالة بالعين المغصوبة ، وانها إذا هلكت لا يبرأ الغاصب ، لأن المغصوب إذا هلك وجب على الغاصب بمثله إن كان مثلياً ، وقيمته إن كان قيمياً .

(وقد تكون الحوالة مقيدة بالدين أيضاً) يعني أن الحوالة المقيدة كما تكون بالعين كالوديعة والغصب ، تكون مقيدة بالدين أيضاً ، مثل ثمن المبيع . وفي الكافي الأصل أن الحوالة نوعان ، مقيدة بدين على المحتال عليه أو بعين في يده بغصب أو بوديعة أو غير ذلك ، ومطلقة وهو أن لا يقيدها المحيل بالدين الذي على المحتال عليه ولا بالعين الذي في يده أو يحيله على رجل ليس عليه دين ولا في يده عين فالحوالة المقيدة كما تبطل بموت المحتال عليه مفلساً ، تبطل بفوات ما قيد به الحوالة إذا كان الفوات لا إلى خلف ، وأما إذا كان الفوات إلى خلف فلا تبطل الحوالة ، لأن الحوالة إلى خلف كلا فوات .

وحكم المقيدة في هذه الجملة أن لا يملك المحيل مطالبة المحتال عليه ، لأنه تعلق به حق المحتال على مثال الرهن وإن كان أسوة للغرماء بعد موت المحيل ، وهذا لأنه لو بقيت له مطالبة به فيأخذه منه لبطلت الحوالة وهي حق المحتال ، بخلاف المطلقة لأنه لا تعلق لحقه به ، بل بذمته

(وحكم المقيدة في هذه الجملة) يعني حكم الحوالة المقيدة بالعين وديعة كانت أو غصباً أو بالعين (أن لا يملك المحيل مطالبة المحتال عليه لأنه تعلق به حق المحتال) حتى إذا دفع المحتال عليه ذلك إلى المحيل ضمن (على مثال الرهن) لما تعلق به حق المرتهن لم يكن للراهن مطالبة الرهن قبل أداء الدين .

(وإن كان) أي المحتال (أسوة للغرماء بعد موت المحيل) كلمة إن واصلة بما قبلها، وهذا إشارة إلى حكم آخر به يخالف حكم الحوالة حكم الرهن بعدما اتفقا في عدم بقاء حق الأخذ للمحيل والراهن ، وهو أن الحوالة إذا كانت مقيدة بالعين أو بالدين وعلى المحيل ديون كثيرة ومات ولم يترك شيئاً سوى العين التي له بيد المحتال عليه أو الدين الذي عليه فالمحتال عليه أسوة الغرماء بعد موته خلافاً لزفر . وأما المرتهن فإنه هلك الرهن يداً وحبساً فثبت له نوع اختصاص بالمرهون شرعاً لم يثبت لغيره فلا يكون لغيره أن يشاركه فيه .

(وهذا) إشارة إلى قوله أن لا يملك المحيل مطالبة المحتال عليه وقد قررناه (لأنه) أي لأن الشأن (لو بقيت له) أي للمحيل (مطالبة به) أي مطالبة المحتال عليه (فيأخذه منه) أي من المحتال عليه (لبطلت الحوالة وهي) أي الحوالة وفي بعض النسخ وهو بالتذكير على تأويل عقد الحوالة (حق المحتال) أي الطالب (بخلاف المطلقة) أي الحوالة المطلقة ، أي غير المقيدة بالعين أو الدين (لانه) أي لأن الشأن (لا تعلق لحقه به) أي بحق المحتال بذلك العين أو الدين (بل) يتعلق (بذمته) أي بذمة المحتال عليه . وفي الذمة سعة فيجب عليه أداء دين المحيل من مال نفسه وللمحيل أن يأخذ دينه

فلا تبطل الحوالة بأخذ ما عليه أو ماعنده . قال ويكره السفاتج ، وهي قرض استفاد به المقرض سقوط خطر الطريق ، وهذا نوع نفع استفيد به وقد نهى الرسول عليه السلام عن قرض جر نفعاً .

وديعته وغصبه منه ولا تبطل الحوالة بأخذه ، وهو معنى قوله (فلا تبطل الحوالة بأخذ ما عليه) أي من الدين أو الغصب (أو ما عنده) أي أو يأخذ عينه الذي عنده ، أي عنده من الوديعة ، ويحتمل أن يراد بما عليه الدين خاصة ، وبقوله عنده أي عنده من العين سواء كان وديعة أو غصباً .

(قال) أي القدوري (ويكره السفاتج) وهو جمع سفتجة بضم السين وفتح التاء تعريب سفته بمعنى الحكم ، وسمي هذا القرض به لإحكام أمره . وقال في الفتاوى الصغرى السفتج إن كان مشروطاً في القرض فهو حرام ، والقرض بهذا الشرط فاسد ، وإن لم يكن مشروطاً جاز (وهي) أي السفاتج ذكر الضمير باعتبار الخبر ، وهو قوله (قرض استفاد به المقرض سقوط خطر الطريق) صورته أن يدفع إلى تاجر عشرة دراهم قرضاً ليدفعه إلى صديقه في بلد آخرليستفيد به سقوط خطر الطريق . وقيل هو أن يقرض إنساناً مالا ليقبضه المستقرض في بلد يريده المقرض ، وإنما يدفعه على سبيل [1] على سبيل الامانة ليستفيد به سقوط خطر الطريق .

(وهذا نوع نفع يستفيد به) أي بالقرض (وقد نهى عنه الرسول ﷺ عن قرض جر نفعاً) وقد نهى النبي ﷺ عن قرض جر نفعاً ، والحديث رواه علي رضي الله عنه ، ولفظه قال رسول الله ﷺ كل قرض جر نفعاً فهو ربا . أخرجه الحارث بن أبي أسامة في مسنده وفي سنده سوار بن مصعب ، قال عبد الحق في أحكامه بعد أن أخرجه هو متروك .

وروي عن جابر بن سمرة أنه قال ، قال رسول الله ﷺ السفتجات حرام ، أخرجه ابن عدي في الكامل وأعله بعمر بن موسى بن دحية وضعفه عن البخاري والنسائي وابن

---

(١) ربما هنا كلام ساقط سهواً من الناسخ ، اهـ مصححه .

معين ووافقهم وقال انه في عداد من يضع الحديث . وقال الأترازي مع دعاويه العريضة الاصل فيه أن النبي ﷺ نهى عن قرض جر نفعاً وسكت عنه ، وكذا قاله الاكمل وسكت عنه مع أنه كان في ديار الحديث وكتبه المتنوعة والله أعلم .

تمّ الجزء السابع من البناية في شرح الهداية
ويليه الجزء الثامن مبتدئاً بكتاب أدب القاضي

صفحة

صفحة